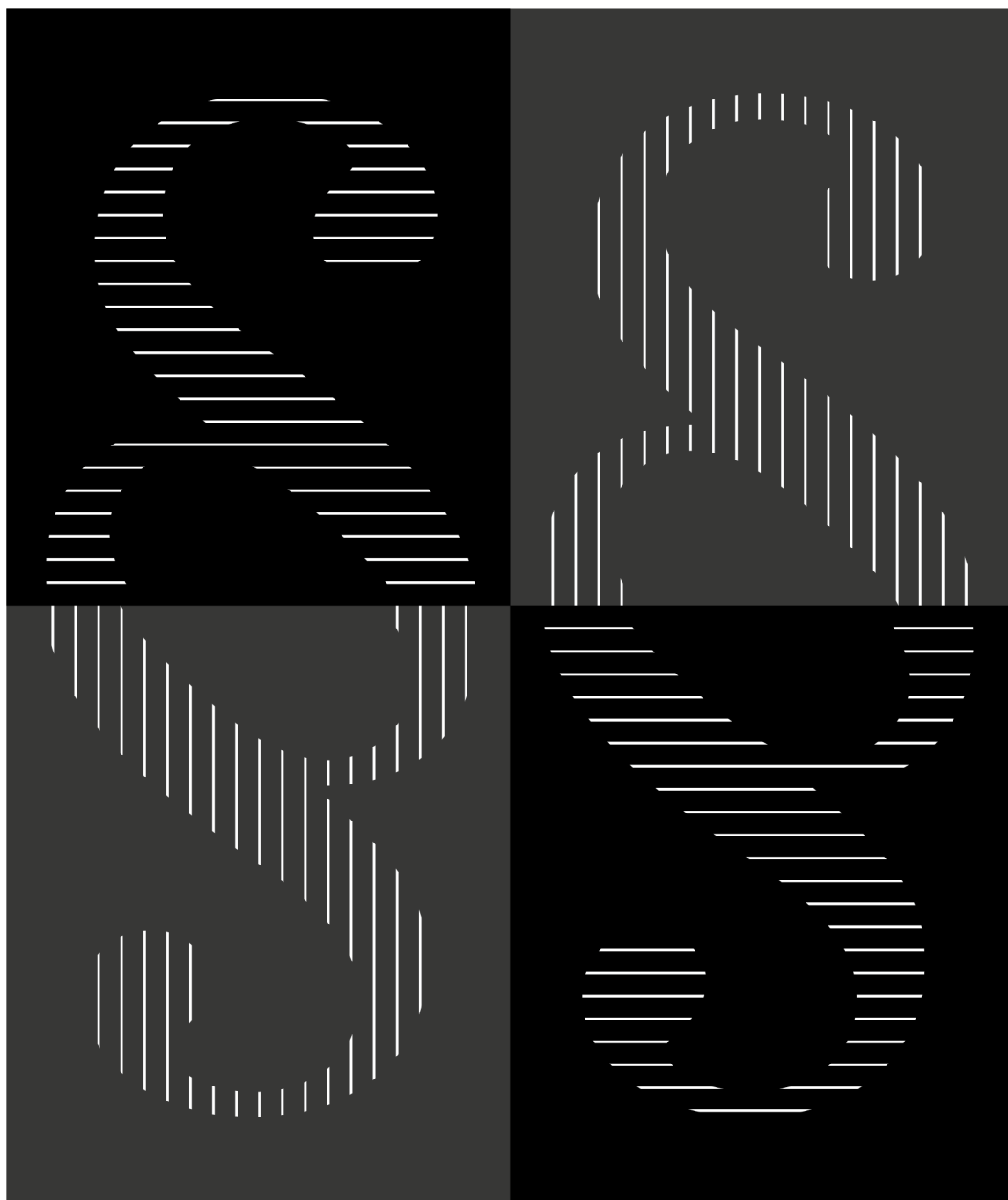


Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ

nr 1/2018 (41)

ISSN 1689-9601

| www.ipp.tbsp.pl



Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2018/1

Autorzy

Jakub Bednarek, Tomasz Bednarz, Marcin Biskupski,
Bartłomiej Bodziński-Guzik, mgr Krzysztof Bokwa, mgr Tomasz Guzik,
Jakub Krawczyk, mgr Anastazja Niedzielska, mgr Jakub Obrębski,
Łukasz Pierwienis, mgr Kacper Rożek, mgr Lidia Sokołowska,
mgr Michał Synowiec, Patryk Walczak, Kamil Wielgus

Skład i korekta językowa

Wydawnictwo Kasper
www.wydawnictwokasper.pl

Kolegium Redakcyjne

Marcin Biskupski (redaktor naczelny), mgr Tomasz Guzik,
Magdalena Michalska, mgr Aleksandra Nieprzecka, mgr Szymon Osmola,
mgr Kacper Rożek, Joanna Szumańska, Patryk Walczak

Adres redakcji

ul. Straszewskiego 25/9, 31–113 Kraków
internetowypp@gmail.com, <http://www.tbbsp.wpia.uj.edu.pl/ipp>

Wydawca

Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego
ISSN 1689–9601

Spis treści

Tomasz Guzik Psychologia samooszukiwania a prawo	5
Patryk Walczak Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 26 maja 2017 roku, V Ka 557/17	21
Tomasz Bednarz, Jakub Bednarek Legalność jednostronnego ogłoszenia niepodległości przez Katalonię w perspektywie prawa hiszpańskiego i prawa międzynarodowego.....	31
Lidia Sokołowska La protection des tiers en droit de l'arbitrage. Quelques réflexions sur l'arbitrabilité des litiges en droit polonais et comparé.....	49
Łukasz Pierwienis The Role of the Lender's Direct Agreements in the Project Finance Transactions – Can Financial Institutions Effectively Shield Themselves from the Unexpected Events?	60
Anastazja Niedzielska Modern Surrogacy: Quick Review	71
Jakub Obrębski Wybrane zagadnienia penalizacji prowadzenia pojazdów w stanie nietrzeźwości – ocena doświadczeń z Polski.....	86
Kacper Rożek Uwarunkowania prawne umowy administracyjnej jako niechcianej przez polskiego ustawodawcę formy działania administracji publicznej.....	96

Marcin Biskupski	
Czy Polska potrzebuje urzędu wiceprezydenta?.....	110
Bartłomiej Bodziński-Guzik	
Komitety negocjacyjnego tworzenia regulacji:	
analiza i krytyka rozwiązań normatywnych	123
Jakub Krawczyk	
Samorząd terytorialny jako publiczne prawo podmiotowe	139
Kamil Wielgus	
Zarys konstrukcji spółki komandytowej,	
której komplementariuszem jest osoba prawna.....	151
Krzysztof Bokwa	
Środkowoeuropejskie <i>common law</i>? Prawo zwyczajowe	
i sędziowskie w Królestwie Węgier w XIX–XX w.	172
Michał Synowiec	
Uprawnienia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w stadium	
organizacji w kontekście sukcesji na gruncie prawa spadkowego...	182

mgr Tomasz Guzik¹

Psychologia samooszukiwania a prawo

Streszczenie:

Artykuł dotyczy zjawiska samooszukiwania i jego implikacji dla nauki prawa i praktyki prawniczej. Praca, która jest podzielona na kilka części, w pierwszej kolejności prezentuje filozoficzne ujęcie koncepcji samooszukiwania. Różne filozoficzne podejścia do tego zagadnienia opatrzone są komentarzami autora. Ponadto przedstawia on również własne stanowisko w tym zakresie. Następny segment pracy poświęcony jest już odkryciom nauk empirycznych (psychologii, *neuroscience*, etc.), które próbują w sposób eksperymentalny wyjaśnić przyczyny powstawania tego zjawiska w ludzkim umyśle. Rozdział ten pozwala autorowi podjąć dyskusję na temat genezy tego zjawiska. Rozdział trzeci dotyczy z kolei tematyki występowania zjawiska samooszukiwania w sferze rodzinnej. W ostatniej części pracy autor przedstawia własne wnioski oraz konkluzje dotyczące wpływu samooszukiwania na praktykę prawniczą, w szczególności zaś na postępowania sądowe.

Słowa kluczowe: samooszukiwanie, psychologia, prawo, praktyka prawnicza
prawoznawstwo

1. Wprowadzenie

Samooszukiwanie jest zjawiskiem, którego istnienie na poziomie najbardziej podstawowych intuicji praktycznie każdy z nas może potwierdzić. Być może niektórzy doświadczać go na co dzień. Fenomen ten jest zagadnieniem kontrowersyjnym, o czym może świadczyć fakt, iż wielu badaczy kwestionuje możliwość występowania takiego mechanizmu w ludzkiej psychice². Opinie te pojawiają się przede wszystkim wśród

¹ Doktorant w Katedrze Filozofii Prawa i Etyki Prawniczej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² Zob. S. Paluch, *Self-deception*, Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy 1967/10, s. 268–278; R.M. Haight, *A Study of Self-Deception*, Sussex 1980.

filozofów, ponieważ filozofia była gałęzią nauki, której reprezentanci jako pierwsi podjęli się prób wyjaśnienia istoty tego zjawiska. Z tego powodu niniejsza praca rozpoczyna się od przedstawienia filozoficznego podejścia do problematyki samooszukiwania. Autor wyjaśni, w jaki sposób filozofowie rozumieją tę koncepcję oraz zaprezentuje najpopularniejsze grupy poglądów. Ten fragment pracy zostanie również opatrzone własnym stanowiskiem. W kolejnej części zostaną przybliżone psychologiczne aspekty samooszukiwania. Zostanie zaprezentowane, jakie efekty psychologiczne mogą powodować powstawanie takiego zjawiska w ludzkim umyśle. Następnie zostaną pokazane przykłady samooszukiwania, do których może dochodzić w życiu codziennym w sferze rodzinnej. Spojrzenie na to zagadnienie z perspektywy psychologii pozwoli dokonać syntezy końcowych wniosków, których celem będzie przede wszystkim wykazanie prawdziwości tezy, iż samooszukiwanie jest zjawiskiem, którego znajomość może mieć doniosłe znaczenie dla praktyki prawniczej. Wynika to z faktu, iż to właśnie styk filozofii, psychologii oraz prawa w tym obszarze jest *leitmotivem* niniejszej pracy.

2. Filozoficzne ujęcie samooszukiwania

Definiowanie samooszukiwania w filozofii rozpoczyna się od sięgnięcia do modelu „zwykłego” oszukiwania na płaszczyźnie interpersonalnej. Schemat ten sprowadza się do następującej zasady: *A* intencjonalnie sprawia, że *B* uznaje za prawdziwe przekonanie *p*, choć obiektywnie prawdziwy jest fakt $\sim p$ ³. Oparcie dalszych rozważań na takim wzorze pozwala przyjąć stanowisko, iż samooszukiwanie nie jest tylko zwykłym błędem (poznawczym, logicznym, psychicznym, etc.), jakiemu może ulec każdy z nas, lecz jest w pełni intencjonalnym czynem⁴. Zjawisko to rozumiane właśnie jako celowy proces jest przedmiotem wielu naukowych badań i dyskusji⁵. Skoro więc zakładamy, iż samooszukiwanie ma charakter zamierzonego działania, to uznajemy, że jednostka *A* wierzy w *p* mając jednocześnie wiedzę (lub wierząc), że zgodnie z obiektywnym stanem świata prawdziwe jest $\sim p$ ⁶. Oznacza to, że taka osoba posiada sprzeczne przekonania i intencjonalnie doprowadza samą siebie do stanu, w którym akceptuje obiektywnie fałszywe przekonanie.

Takie tradycyjne ujęcie samooszukiwania prowadzi do dwóch zasadniczych paradoksów. Pierwszy z nich, nazywany „statycznym”, skupia się na stanie umysłu osoby samooszukującej się – w jaki sposób bowiem możliwe jest posiadanie w tym samym momencie dwóch sprzecznych przekonań?⁷ Zgodnie z tym podejściem samooszukujący wierzy jednocześnie w dwa przekonania, które wzajemnie się wykluczają. Jest to zatem

³ I. Deweese-Boyd, *Self-Deception* [w:] *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, red. E.N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=self-deception>, 15.02.2018.

⁴ *Ibidem*.

⁵ J. Bermúdez, *Self-Deception, Intentions, and Contradictory Beliefs*, *Analysis* 2000/60, s. 309–319; R. Sorensen, *Self-Deception and Scattered Events*, *Mind* 1985/94, s. 64–69.

⁶ A.R. Mele, *Irrationality. An Essay on Akrasia, Self-Deception, and Self-Control*, Nowy Jork – Oxford 1987, s. 121.

⁷ I. Deweese-Boyd, *op.cit.*; A.R. Mele, *op.cit.*, s. 121–137.

niemożliwy do osiągnięcia stan umysłu, co oznacza, iż fenomen ten tak naprawdę w naszej rzeczywistości nie występuje.

Drugi paradoks, tzw. „dynamiczny”, oscyluje wokół zagadnienia całej procedury, która prowadzi do samooszukiwania. Głównym problemem jest to, w jaki sposób osoba intencjonalnie doprowadza się do samooszukiwania, jednocześnie nie zauważając, iż jej motywacje są nieskuteczne⁸. Z tej perspektywy zjawisko to również jest niemożliwe. Będąc jednocześnie oszustem, taka osoba musi być świadoma tego, iż mentalnie zgadza się na to, by uwierzyć w fałszywe przekonanie. Jako osoba oszukana nie może ona być świadoma tego, iż okłamuje się w sposób skuteczny. W tym miejscu oczywiste staje się, iż czymś nieprawdopodobnym byłby stan rzeczy, w którym jednostka jest kompletnie nieświadoma tego, iż przyjęła strategię prowadzącą do „nabrania” samej siebie. Osoba ta powinna być świadoma wszystkich swoich przekonań. Ze świadomości procesu, który prowadzi do samooszukiwania, w gruncie rzeczy wynika, że powinien on zostać zahamowany.

Odkrycie tych paradoksów skłoniło zdecydowaną mniejszość filozofów do odrzucenia koncepcji, iż zjawisko samooszukiwania jest w ogóle możliwe⁹. Niemniej jednak część filozofów przypuszczała, iż jest to fenomen, który przydarza się ludziom na co dzień¹⁰ (być może częściowo dlatego, iż badania empiryczne potwierdzały istnienie takiego zjawiska). Warte zauważenia jest, iż idea samooszukiwania zdaje się być poglądem, który wskazuje na jakiś rodzaj motywowanej irracjonalności¹¹. Wskazać więc można na dwa rodzaje filozoficznych kierunków, jeśli chodzi o próbę wyjaśnienia istoty samooszukiwania: podejście intencjonalistyczne oraz stanowisko rewizjonistyczne.

Intencjonałści posługują się modelem oszukiwania „tradycyjnego”, tj. opisaną na wstępie sytuacją, w której „A” powoduje, iż „B” zaczyna wierzyć w nieprawdziwe przekonanie. Przyjęcie takiego wzorca pozwala odróżnić to zjawisko od innych psychologicznych mechanizmów, takich jak np. myślenie życzeniowe (ang. *wishful thinking*)¹². Zwolennicy tego ujęcia zgadzają się co do tezy, iż samooszukiwanie jest procesem świadomym, sprzeczącą się jednak odnośnie tego, czy mechanizm ten wymaga posiadania przez jednostkę przeciwnych przekonań¹³. Tym samym spór ten rozszerza się na dyskusję, jaką treść reprezentuje intencja, która doprowadza do samooszukiwania jednostki¹⁴. Co ważne, intencjonałści próbują rozwiązać paradoksy samooszukiwania poprzez przyjęcie założenia, że człowiek nie jest w pełni świadomy bądź to przekonania obiektywnie prawdziwego, bądź też samej intencji samooszukiwania¹⁵.

Rewizjonizm z kolei odchodzi od wzorcowego przypadku interpersonalnego kłamstwa. Można w tym nurcie wyróżnić dwa poglądy. Pierwszy skupia się na stosunku „samooszukiwacza” do intencji okłamania samego siebie. Ten kierunek nazywany

⁸ A.R. Mele, *op.cit.*, s. 138 i nast.

⁹ I. Deweese-Boyd, *op.cit.*

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

jest non-intencjonalistycznym lub deflacyjnym. Główne jego założenie polega na tym, iż należy skupić się na procesie, który prowadzi do samooszustwa. W gruncie rzeczy dochodzi do zmiany treści fałszywego przekonania lub po prostu podejścia do niego w taki sposób, iż w istocie prowadzi to do obejścia paradoksów. Drugie podejście koncentruje się z kolei na rewizji samego przekonania (ang. *revision of belief*), co prowadzi do sytuacji, iż jego zwolennicy:¹⁶

- 1) zaprzeczają, że osoba samooszukująca się wierzy w przekonanie p , które jest jednocześnie jest przekonaniem przyjemnym, acz nieuzasadnionym,
- 2) zaprzeczają, iż jednostka jest świadoma $\sim p$, które jest stwierdzeniem niechcianym i nieprzyjemnym, ale uzasadnionym,
- 3) zaprzeczają temu, by jednostka posiadała jednocześnie dwa przeciwstawne przekonania.

Widać więc, że na przestrzeni wielu lat w dziedzinie samooszukiwania doszło do sformułowania wielu różnych poglądów próbujących z jednej wyjaśnić i przybliżyć istotę tego zjawiska, jak i zanegować w ogóle jego istnienie. Intuicje autora skłaniają się zdecydowanie ku poglądom, które zakładają istnienie tego fenomenu oraz próbują wyeksplikować jego sens. Głównym powodem, dlaczego autor przyjmuje taką postawę, są rezultaty badań empirycznych, których wyniki zostały potwierdzone przez przedstawicieli psychologii. Nauka ta wykazuje istnienie samooszukiwania i jednocześnie w logiczny sposób tłumaczy mechanizmy nim rządzące.

Przechodząc do stanowiska autora odnośnie filozoficznego uzasadnienia koncepcji samooszukiwania, jego rozumienie sprowadza się do rozróżnienia dwóch sytuacji:

- 1) samooszukujący jest w pełni świadomy, iż istnieje przekonanie, które mówi prawdę obiektywną o świecie oraz zna treść tego przekonania,
- 2) samooszukujący posiada przekonanie, które zawiera obiektywną prawdę o świecie, ale przekonanie to nie jest w pełni uświadomione.

Sytuacja pierwsza sprowadza się do tego, że cały proces samooszukiwania jest całym, intencjonalnym zachowaniem jednostki. Jego motywacje mogą być różne, choć chyba najczęstsze przypadki wiążą się raczej z traumatycznymi przeżyciami osób, które doświadczają tego rodzaju samooszukiwania. Intencjonalne wprowadzanie się w stan, w którym wierzy się w nieprawdziwe przekonanie, jest w gruncie rzeczy mechanizmem obronnym *psyche* tej osoby. Jaskrawym przykładem może być tutaj sytuacja, w której rodzic, widząc po raz pierwszy ciało swojego zmarłego dziecka, wmawia wszystkim, że jego potomek tak naprawdę śpi i zaraz się obudzi. Odnosząc się z kolei do drugiej sytuacji, to jej istota polega na tym, iż „samooszukiwacz” posiada odpowiednią wiedzę o świecie, niemniej jednak jest to stan wiedzy, który jest niedostępny świadomości tej osoby. Przykładowo, jednostka dowiaduje się, że powstaje nowa partia polityczna. Co więcej, ugrupowanie to wygrywa wybory i zaczyna rządzić. Samooszukujący się ma przekonanie, że skoro jest to całkowicie nowa partia, to jej przedstawiciele będą uczciwi i nie będą kraść publicznych pieniędzy. Rzeczywistość jest jednak inna. Pomimo tego, gdy jednostka posiadająca takie przekonanie dowiaduje się o pierwszych

¹⁶ *Ibidem.*

oszustwach, jakie dokonały się w szeregach ulubionego ugrupowania, to nie przyjmuje ona tych informacji tłumacząc, iż to na pewno nieprawda i jest to próba dyskredytacji ze strony opozycji – bo przecież nowe osoby na scenie politycznej muszą być ludźmi o krystalicznie czystym charakterze.

Przedstawiony wyżej pogląd nie jest bynajmniej próbą zajęcia stanowiska w sporze. Stanowi on jedynie próbę wyjaśnienia, w jaki sposób opisywany fenomen jest rozumiany przez autora tego tekstu. Jednocześnie, będąc świadomym wszelkich problemów, które pojawiają się w gorącej dyskusji na ten temat (np. opisane wyżej paradoksy samooszukiwania), autor pragnie zwrócić uwagę, iż głównym celem tej pracy jest wykazanie, że znajomość koncepcji samooszukiwania (w ujęciu filozoficznym i psychologicznym) może mieć doniosłe znaczenie dla wymiaru sprawiedliwości.

3. Psychologiczne czynniki odpowiadające za samooszukiwanie

3.1. Selektywność percepcji

Robert Trivers w swojej książce *The Folly of Fools* jako jeden z czynników odpowiadających za to, że ludzie się samooszukują, wskazuje na selektywność w odbiorze informacji, tj. nie przyjmujemy (nie „rejestrujemy”) jednych informacji, a poszukujemy innej, wręcz przeciwnej – takiej, która potwierdzi nasz punkt widzenia¹⁷. Jako przykład można tutaj wskazać sytuację, w której istnieje wysokie prawdopodobieństwo, iż współmałżonek zdradza swojego partnera, to małżonek ten nie robi nic, by ostatecznie dowiedzieć się i upewnić, że jest zdradzany. Jest to klasyczny przykład podejścia „nie wiem o tym, więc najpewniej to nie istnieje”. Selektowność w doborze informacji przejawia się w tym, że unika się dostępu do informacji złych, takich, które mogą zburzyć własny punkt widzenia na otaczający tę osobę świat. Całkowita bierność zdradzanego małżonka jest więc odrzucaniem złych wiadomości i jednocześnie rejestrowaniem tylko tych pozytywnych (nic się nie zmienia, jest tak jak było – czyli jest dobrze). Taka osoba sztucznie kreuje pozytywny obraz otaczającego ją świata oraz samego siebie. Według R. Triversa selektywność w doborze informacji jest wypadkową zdolności ludzkiego umysłu, jaką jest możliwość wyboru obiektu (lub przedmiotu), na którym chcemy się w danej sytuacji skoncentrować¹⁸. Jako dowód podaje on przykład, w którym będąc na jakiejś dużej uroczystości w tłoczonym otoczeniu każdy z nas może swobodnie wybrać, którą z czterech otaczających nas konwersacji podsłuchać i na której się skupić. To właśnie ta zdolność naszego umysłu pozwala nam na selektywne rejestrowanie docierających do nas z otoczenia informacji i budowanie w gruncie rzeczy fałszywego obrazu świata. Zostało to również potwierdzone w eksperymencie, w którym zawzięci zwolennicy i przeciwnicy kary śmierci mieli za zadanie przekonać się nawzajem do swoich racji¹⁹.

¹⁷ R. Trivers, *The Folly of Fools. The Logic of Deceit and Self-Deception in Human Life*, Nowy Jork 2011, s. 140–141.

¹⁸ *Ibidem*, s. 141.

¹⁹ Ch.G. Lord, L. Ross, M. R. Lepper, *Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence*, *Journal of Personality and Social Psychology* 1979/11, s. 2098–2109.

W efekcie, przedstawiciel każdej z grup zakończył całe doświadczenie będąc jeszcze bardziej przekonany do własnej opinii.

3.2. Błędy pamięciowe

Poza stronniczością i selektywnością, jeśli chodzi o ludzką percepcję i świadomość, także nasza pamięć charakteryzuje się dużą dozą tendencyjności. Okazuje się bowiem, że dużo łatwiej przychodzi nam zapamiętywanie dobrych wspomnień o samych sobie²⁰. Łatwo dostrzec tutaj podobieństwo z efektem tzw. „egocentryzmu atrybucyjnego”, który polega na tym, iż w razie osiągnięcia jakiegoś grupowego sukcesu to sobie przypisujemy większe zasługi w jego osiągnięciu niż pozostałym uczestnikom; mamy również skłonności do tego, by uważać się za lepszych niż jesteśmy w rzeczywistości²¹. Złe informacje z kolei bądź to wymazujemy z pamięci, bądź też przekształcamy w neutralne lub wręcz korzystne reminiscencje. W literaturze angielskojęzycznej efekt ten został nazwany *the fading affect bias (FAB)*²². Warto wspomnieć też o zespole trzech efektów psychologicznych, z powodu których:²³

- 1) nadchodzącą przyszłość postrzegamy jako coś przyjemniejszego niż aktualny stan rzeczy (ang. *Rosy Prospecction*),
- 2) mamy skłonność do umniejszania wrażeń z czerpanej w danym momencie przyjemności (ang. *Dampening*),
- 3) wykazujemy się skłonnością do uznawania, że przeszłe wydarzenia były tak naprawdę dużo przyjemniejsze, niż wydawało nam się w momencie, gdy ich doświadczaliśmy (ang. *Rosy Retrospection*).

Kończąc ten wątek, można użyć porównania, zgodnie z którym pamięć nie jest jak płyta CD, za pomocą której odtwarzamy stałą sekwencją zapisanych na niej zdarzeń²⁴. W gruncie rzeczy ludzka pamięć jest tak naprawdę czymś bardzo plastycznym, jest fenomenem, który tworzymy za każdym razem, gdy próbujemy sobie coś przypomnieć. Z tego powodu wspomnieniami można w prosty sposób manipulować – możemy to robić sami lub poprzez wpływ innych osób²⁵. Policjant pytający się świadka wypadku drogowego o niebieski sportowy samochód może sprawić, iż będzie to najsilniejsze wspomnienie związane z całym wydarzeniem. Czasami może dojść do sytuacji, gdy pamiętamy rzeczy, które nigdy się nie wydarzyły lub pamiętamy daną sytuację w zupełnie odwrotnej konfiguracji, niż miała ona miejsce w rzeczywistości²⁶.

²⁰ R. Trivers, *op.cit.*, s. 143.

²¹ D.L. Schacter, D.T. Gilbert, D.M. Wegner, *Psychology*, Nowy Jork 2010, s. 254.

²² T. Ritchie, J.J. Skowronski, J. Hartnett, B. Wells, W.R. Walker, *The fading affect bias in the context of emotion activation level, mood, and personal theories of emotion change*, *Memory* 2009/17, s. 428–429.

²³ T. Mitchell, L. Thompson, *A theory of temporal adjustments of the evaluation of events: Rosy Prospecction & Rosy Retrospection* [w:] C. Stubbart, J. Porac, J. Meindl, *Advances in managerial cognition and organizational information-processing*, Greenwich 1994, s. 85.

²⁴ R. Trivers, *op.cit.*, s. 143.

²⁵ Por. J.W. Lacy, C.E.L. Stark, *The neuroscience of memory: implications for the courtroom*, *Nature Reviews Neuroscience* 2013/9, s. 649–658.

²⁶ *Ibidem*.

3.3. Racjonalizacja

Proces racjonalizacji ma miejsce wtedy, gdy próbujemy znaleźć usprawiedliwienie dla naszego postępowania, które było złe lub moralnie wątpliwe²⁷. Może do tego dojść poprzez samoistne zmanipulowanie naszych wewnętrznych motywacji lub w wyniku zbudowania jakiejś logicznie brzmiącej narracji, która wyjaśni nam samym, dlaczego zachowaliśmy się w niechciany przez nas sposób²⁸. Innymi słowy polega ono na tym, iż jednostka już po zajściu określonego zdarzenia szuka pozornie racjonalnych uzasadnień dla przykrych zdarzeń, których doświadczyła²⁹. Jako ilustrację można podać sytuację, gdy będąc na restrykcyjnej diecie zjadamy tabliczkę czekolady i próbując zabić w sobie poczucie winy wmawiamy sobie, że jutro przebiegniemy 5 km więcej niż zazwyczaj. Do tego zjemy bardzo skromny posiłek, a na marginesie, to dzisiaj również ciężko trenowaliśmy i tak naprawdę zasłużyliśmy na małą nagrodę. Opisana sytuacja może stanowić klasyczny przykład samooszukiwania. Wyróżnia się tutaj dwa rodzaje tego zjawiska tzw. „kwaśne winogrona” oraz „słodkie cytryny”. „Kwaśne winogrona” polegają na umniejszaniu znaczenia celu, którego nie udało się zrealizować; „słodkie cytryny” z kolei wiążą się z tym, że poniesione porażki jednostka postrzega jako dobrą rzecz, która jej się przytrafiła – traktuje ją bowiem jak szansę na coś lepszego³⁰.

3.4. Eliminowanie dysonansu poznawczego

Dysonans poznawczy jest stanem nieprzyjemnego napięcia psychicznego. Pojawia się u danej osoby wtedy, gdy jednocześnie występują dwa elementy poznawcze (np. myśli i sądy), które są niezgodne ze sobą³¹. Dysonans może pojawić się także wtedy, gdy zachowanie danej osoby jest niezgodne z jej wewnętrzną hierarchią wartości³². Jednym z narzędzi służących do wyeliminowania dysonansu jest właśnie samooszukiwanie, które może przybrać formę uzasadniania przyjętej przez siebie postawy. Przykładów doświadczania dysonansu poznawczego jest naprawdę bardzo wiele. Jednym z nich może być sytuacja, w której dana osoba, mając określony pogląd moralny (np. „powinno się dawać jałmużnę”), dowiaduje się, że jej przewodnik duchowy uważa, iż wspomaganie biednych jest wręcz demoralizujące. Sposobem na redukcję dysonansu poznawczego, który zapewne nastąpiłby w tej sytuacji, jest uznanie, że własny pogląd etyczny był niewłaściwy i że należy przyjąć rozumienie przewodnika.

3.5. Represja

Represję (znana też jako „wyparcie”) można przyrównać do celowego, aktywnego przesunięcia z obszaru świadomości do nieświadomości wspomnień o nieakceptowanych

²⁷ R. Trivers, *op.cit.*, s. 145.

²⁸ D.L. Schacter, D.T. Gilbert, D.M. Wegner, *op.cit.*, s. 482.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *The Meaning of Rationalization in Psychology Explained With Examples*, <https://psychologenie.com/meaning-of-rationalization-in-psychology>, 20.02.2018.

³¹ *Ibidem*, s. 534.

³² L. Festinger, *Cognitive dissonance*, Scientific American 1962/4, s. 93–107.

przez jednostkę popędach, emocjach, myślach czy fantazjach³³. Mechanizm ten jest uruchamiany przez psychikę człowieka, ponieważ zjawiska te przywołują nieprzyjemne skojarzenia lub sprawiają mu psychiczny ból. Z tych powodów represja bywa również nazywa „umotywowanym zapominaniem”³⁴. Wyparte myśli istnieją nadal, ale nie są dostępne świadomości.

Zgodnie z podstawowym rozróżnieniem Zygmunta Freuda istnieją dwa rodzaje wyparcia: pierwotne i wtórne. Represja pierwotna polega na tym, że określone wspomnienia ustawicznie nie są dopuszczane do świadomości, co oznacza, iż jednostka nigdy nie jest ich świadoma³⁵. Wyparcie pierwotne dokonuje się raz w życiu, w okresie dzieciństwa, ponieważ to właśnie wtedy z nieświadomości wyodrębnia się świadomość³⁶. Represja wtórna (inaczej – „właściwa”) jest z kolei procesem, w którym *psyche* jednostki w późniejszych etapach życia zwalcza konsekwencje przykrych wydarzeń z dzieciństwa, które zniknęły ze świadomości na skutek mechanizmu represji pierwotnej, ale mimo wszystko próbują pojawić się na nowo w świadomości jednostki³⁷. Represja wtórna służy również do przesuwania do nieświadomości wszelkich elementów, które mogą mieć jakiegokolwiek powiązania z pierwotnie wypartymi doświadczeniami. Zgodnie ze stanowiskiem Freuda, represja dokonuje się tak naprawdę raz w życiu, we wczesnym dzieciństwie, zaś w późniejszych okresach następuje wewnętrzna walka o utrzymanie tych wspomnień w nieświadomości³⁸.

Zjawiska represji są bardzo poważnymi fenomenami psychologicznymi, najczęściej łączącymi się z bolesnymi lub wręcz tragicznymi wydarzeniami, których doświadczyła dana osoba, jak np. śmierć kogoś bliskiego. W zależności od specyfiki danej sytuacji osoba dotknięta traumatycznym zdarzeniem może samooszukiwać samą siebie, na przykład co do okoliczności określonego zdarzenia i w konsekwencji obwiniać samą siebie za jej przytłaczające skutki lub szukać winy u innych. Może też nie dopuszczać do siebie tragicznych faktów i żyć w pewnej iluzji, która ma na celu ochronić jej własną psychikę. Represja pierwotna i wtórna są zjawiskami dobrze znanymi współczesnej psychologii, ich znajomość pozwala lekarzom na przeprowadzanie skutecznych terapii. Wyparcie stanowi więc naukowo udokumentowany dowód, iż samooszukiwanie jest zjawiskiem realnie występującym w ludzkiej psychice. To właśnie m.in. w oparciu o odkrycia psychologii z zakresu represji autor opracował własne stanowisko na temat samooszukiwania, które zostało przedstawione w rozdziale drugim.

3.6. Reakcja pozorowana

Ten efekt psychologiczny jest kolejnym z mechanizmów obronnych ludzkiej psychiki. Wiąże się on ze zwalczaniem nieakceptowanych przez jednostkę emocji oraz impulsów

³³ D.L. Schacter, D.T. Gilbert, D.M. Wegner, *op.cit.*, s. 187, 482.

³⁴ *Ibidem*, s. 482; S. Boag, *Freudian Repression, the Unconscious, and the Dynamics of Inhibition*, Londyn 2012, s. 7.

³⁵ S. Boag, *op.cit.*, s. 31.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

przez powierzchowne i przesadzone wyrażanie przeciwnych im zjawisk³⁹. Przykładowo, jeśli jakaś osoba nienawidzi szefa, który ma druzgocący wpływ na jej psychikę, to osoba ta może zastosować właśnie reakcję pozorowaną. W tym konkretnym przypadku może ona przybrać formę niewymuszonej z zewnątrz i wręcz niepotrzebnej pomocy przełożonemu (przyrządzenie kawy lub wykonanie nadprogramowego zadania). Podobnie jak w przypadku wyparcia, negatywne emocje i przeżycia jednostki znajdują się w sferze nieświadomości. Jeśli więc mamy sytuację, w której uczucie miłości jest reakcją pozorowaną na emocję nienawiści, to nie jest to jednoznaczne tym, że miłość zastąpiła nienawiść. Należy traktować to bardziej jako efekt, w którym miłość maskuje uczucie nienawiści. Najbardziej jaskrawym przykładem tego zjawiska mogą być osoby dotknięte syndromem sztokholmskim, który pojawia się u ofiar porwania lub u zakładników i polegający na odczuwaniu sympatii i solidarności z ich porywaczami.

3.7. Inne efekty psychologiczne

Z uwagi na ograniczenia objętościowe nie jest możliwe w niniejszej pracy zaprezentowanie wszystkich efektów psychologicznych, które mogą w efekcie sprzyjać powstawaniu zjawiska samooszukiwania. Z tego powodu w tym podrozdziale zostaną tylko pokrótce przedstawione pozostałe psychologiczne fenomeny relewantne dla tematu niniejszej pracy. W pierwszej kolejności należy wskazać na projekcję (ang. *projection*), polegającą na przypisywaniu innym własnych poglądów, zachowań lub cech, najczęściej negatywnych (np. osoba chciwa uważa wszystkich innych za osoby skąpe i czyhające na jej majątek)⁴⁰. Kolejnym wartym wspomnienia zjawiskiem psychologicznym jest rozszczepienie (ang. *splitting*), będące pierwotnym mechanizmem obronnym, które często występuje także u dorosłych ludzi, zwłaszcza w stanie silnych emocji. Osoby podlegające rozszczepieniu widzą świat lub samych siebie poprzez pryzmat skrajnych kategorii, emocji i odczuć na zasadzie „dobry-zły”, „piękny-brzydki” bez możliwości postrzegania pewnych spraw jako jednej spójnej całości⁴¹. Pewien aspekt takiego zachowania dostrzegany jest w polityce, kiedy reprezentanci jednej opcji politycznej gloryfikują własne ugrupowanie, a negują propozycje przedstawiane przez oponentów, chociaż obiektywny stan rzeczy może wskazywać na rację tychże oponentów.

Innym ciekawym zjawiskiem, o którym warto wspomnieć, jest opisany przez Irvinga Janisa syndrom grupowego myślenia (ang. *groupthink*)⁴². Jest to o tyle interesujące zjawisko, iż – w przeciwieństwie do przedstawionych wyżej efektów psychologicznych – jego istotą nie jest próba obrony własnego ego, tylko negatywny wpływ całej grupy. Z różnych powodów (wewnętrznych lub zewnętrznych) określona grupa (może być to np. jakiś zespół kierowniczy; Janis badał pod tym kątem klęskę USA pod Pearl Harbor) podejmuje nieracjonalne decyzje, choć przyjmuje się, że suma zdolności

³⁹ D.L. Schacter, D.T. Gilbert, D.M. Wegner, *op.cit.*, s. 482.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ D. Carser, *The defense mechanism of splitting: Developmental origins, effects on staff, recommendations for nursing care*, Journal of psychiatric nursing and mental health services 1979/3, s. 21–28.

⁴² C.R. Sunstein, R. Hastie, *Wiser: getting beyond groupthink to make groups smarter*, Boston 2015, s. 16.

intelektualnych grupy przewyższa zdolności jednostki⁴³. W relacjach rodzinnych, gdy członkowie kilkuosobowej rodziny chcą zdecydować w jaki sposób spędzić wspólny weekend, może się okazać, że wspólnie podjęta decyzja nie zadowoli nikogo, gdyż każdemu będzie się wydawać, że głosuje za opcją, która powinna odpowiadać pozostałym (a *de facto* tak nie będzie).

Za zjawiskiem samooszukiwania może stać również efekt idealizacji, który jest kolejnym klasycznym przykładem mechanizmu obronnego ludzkiej psychiki. Idealizacja polega na rozdzieleniu pozytywnych aspektów danej osoby lub obiektu od negatywnych i zaprzeczeniu istnienia tych drugich, przy jednoczesnym wyolbrzymieniu cech pozytywnych⁴⁴. Idealizacja służy zaspokojeniu własnych potrzeb osoby, która jej dokonuje. Przykładowo, jeśli jednostka ma potrzebę przeżycia prawdziwej przyjaźni, to może przeprowadzać idealizację jedynej jej bliskiej osoby, uważać ją za idealnego przyjaciela, pomimo faktu, iż ta osoba swoim zachowaniem wywołuje u niej szkody psychiczne lub materialne.

4. Samooszukiwanie a rodzina

4.1. Dwie różne osoby w jednym ciele – genetyczne podłoże samooszukiwania w rodzinie

Zanim zostaną omówione wybrane przypadki samooszukiwania w rodzinie, warto przywołać spojrzenie R. Triversa na to zagadnienie. Ten uznany przez przedstawicieli nauk przyrodniczych socjobiolog analizę samooszukiwania w środowisku rodzinnym rozpoczął od opisu uwarunkowań genetycznych, które mają realny wpływ na nasze zachowanie. I tak, z biologicznego punktu widzenia, każdy z nas jest posiadaczem w połowie genów odziedziczonych po matce oraz w połowie od ojca⁴⁵. W przypadku zaś dziedziczenia materiału genetycznego po dziadkach, od każdego z nich otrzymujemy po ¼ genów z puli naszego wstępnego. Z rodzeństwem jesteśmy spokrewnieni w ½ genów (połowę genów mamy wspólną), zaś z rodzeństwem przyrodnim mamy wspólnych tylko ¼ genów⁴⁶. Taki stan rzeczy wg R. Triversa rodzi dwie sytuacje:

- 1) powstaje przestrzeń do konfliktów pomiędzy poszczególnymi członkami rodziny. Wszak najbardziej jesteśmy spokrewnieni „sami ze sobą” i to na przekazaniu własnego materiału genetycznego nam zależy najbardziej⁴⁷,
- 2) składamy się z dwóch różniących się od siebie tożsamości – „matczynej” oraz „ojcowskiej”, które w wielu przypadkach zwalczają się wzajemnie i realnie wpływają na nasze zachowanie⁴⁸.

Jak podkreśla autor książki *The Folly of Fools*, fundamentem dla sytuacji opisanej w punkcie 1) jest tak zwana koncepcja altruizmu krewniaczego, która tłumaczy

⁴³ *Ibidem*, s. 17.

⁴⁴ P. Cramer, *Protecting the Self Defense Mechanisms in Action*, Londyn – Nowy Jork 2006, s. 303.

⁴⁵ R. Trivers, *op.cit.*, s. 77.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 77.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 80.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 82.

występowanie gotowości do poświęceń w stosunku do krewnych, zarówno u ludzi jak i u zwierząt. Zachowania altruistyczne względem spokrewnionych z nami jednostek z ewolucyjnego i genetycznego punktu widzenia są jak najbardziej racjonalne i pożądane. Wsparcie dla krewnych z linii bocznej, czy też zstępnych, jest uzasadnione, ponieważ osobniki te są nosicielami części materiału genetycznego, którego sami jesteśmy posiadaczami. Sukces reprodukcyjny naszych krewnych jest więc w pewnej części naszym sukcesem. Niemniej jednak, poza biologicznymi elementami, które spajają spokrewnione ze sobą jednostki, istnieje również całkiem spora przestrzeń, na kanwie której może dochodzić do konfliktowych sytuacji.

Z powyższym koresponduje opisany w punkcie 2) przypadek. Każdy z nas, nosząc połowę genów przekazanych przez matkę oraz połowę przez ojca, posiada dwie genetycznie uwarunkowane „jaźnie” (ang. *selves*, tłum. własne), których wzajemne cele niekoniecznie muszą się pokrywać⁴⁹. Geny matczyne oraz ojcowskie będą rywalizowały ze sobą o ostateczny kształt naszego fenotypu, co oznacza, że geny ojcowskie mogą się aktywować tylko po to, by znieść działanie genów pochodzących od matki⁵⁰. Co ważne, biologia potwierdziła odkrycie, że istnieją takie rodzaje genów, które „pamiętają”, czy w danym osobniku pochodzą one od rodzica płci męskiej bądź żeńskiej⁵¹. Ma to znaczenie o tyle, że są geny, które aktywują się tylko wtedy, gdy zostały odziedziczone po matce lub ojcu. Przełomowym odkryciem w tym zakresie było badanie przeprowadzone na Uniwersytecie w Cambridge, gdzie w sztuczny sposób wyhodowano dwie grupy szczurów (badano bowiem biologiczny rozwój ssaków) – jedna grupa zwierząt posiadała w całości geny pochodzące od ojców, druga zaś od matek⁵². Okazało się, że reprezentanci pierwszej grupy mieli słabo rozwinięte głowy, ale za to świetnie rozwinięte tułowia. Przedstawiciele genów matczynych mieli z kolei bardzo dobrze rozwinięte mózgi, zaś słabo wykształcone tułowia. Na tej podstawie naukowcy doszli do wniosku, że do prawidłowego rozwoju ssaków potrzebne są zarówno geny matczyne, jak i ojcowskie, niemniej jednak – z uwagi na to, że geny ojcowskie osiadają w podwzgórzu, ciele migdałowatym, polu przedwzrostowym i septum, zaś matczyne w korze mózgu – badacze doszli do wniosku, że u ssaków potomkowie dziedziczą po ojcach zachowania związane z instynktem samozachowawczym czy orientacją przestrzenną, zaś po matkach inteligencję i zdolności językowe.

Teoria R. Triversa przewiduje więc, iż każdy z nas posiada dwie odrębne „jaźnie”, które działają wbrew sobie, poza naszą świadomością, co w efekcie prowadzi do samooszukiwania zbliżonego w swojej postaci do tego, co w filozofii na ten temat przedstawiają intencjonaliści (zob. powyżej w niniejszym opracowaniu). Podejście amerykańskiego socjobiologa jest *de facto* interpretacją faktów naukowych udowodnionych metodologią nauk empirycznych. W pozostałym zakresie, tj. odnośnie stwierdzeń, że nasze geny

⁴⁹ *Ibidem*, s. 79–80.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*, s. 82.

⁵² Zob. S.C. Barton, M.A. Surani, M.L. Norris, *Role of paternal and maternal genomes in mouse development*, *Nature* 1984/311, s. 374–376; M.A. Surani, S.C. Barton, M.L. Norris, *Development of reconstituted mouse eggs suggests imprinting of the genome during gametogenesis*, *Nature* 1984/308, s. 548–550.

rywalizują między sobą, co ma przełożenie na nasze zachowanie w stosunku do krewnych nam osób, jest wyłącznie niepotwierdzonym naukowo przypuszczeniem. Należy jednak stwierdzić, że teoria R. Triversa jest wewnętrznie spójna. W niniejszej pracy została ona przywołana przede wszystkim dlatego, że w interesujący sposób porusza i opisuje problematykę samooszukiwania w rodzinie.

4.2. Przypadki samooszukiwania w rodzinie

Jednym z najbardziej klarownych, acz jednocześnie drastycznych przykładów samooszukiwania w środowisku rodzinnym, jest przypadek przemocy rodzinnej, której może doznawać małżonek ze strony współmałżonka czy też dziecko ze strony rodzica. W takim stanie rzeczy samooszukiwanie może sprowadzać się do tego, że ofiara przemocy, pomimo ewidentnych powodów oraz dowodów na to, by nienawidzić swojego prześladowcy i unikać wszelkiego kontaktu z nim, trzyma się kurczowo swojego prześladowcy i obdarza go pozytywnym uczuciem lub miłością. Może więc dochodzić do klasycznego z perspektywy filozofii (opisanego w rozdziale drugim) modelu samooszukiwania: ofiara wie, że prześladowca wyrządza jej psychiczną lub fizyczną krzywdę i jest to przez nikogo nie kwestionowany fakt (nawet przez ofiarę), podczas gdy osoba poszkodowana ma przekonanie, że prześladowca czyni to z wyższych pobudek, mając na uwadze wyłącznie jej dobro. Powodów tak przedstawionego stanu psychicznego człowieka może być wiele, znakomita ich liczba została przytoczona w części poświęconej psychologii samooszukiwania. Najczęściej jest to po prostu mechanizm obronny stosowany przez psychikę ofiary. Na skutek traumatycznych przeżyć doświadczanych ze strony bliskiej osoby psychika poszkodowanej jednostki musi w jakiś sposób sobie z tym poradzić. Mając pewne niezaspokojone i silne potrzeby bliskości, miłości, przyjaźni, które winny być spełnione właśnie przez bliską osobę, jej *psyche* próbuje tłumaczyć w taki sposób (czyli wykorzystując mechanizm samooszukiwania) odbiegające od jej oczekiwań wydarzenia, których doświadczą. Z psychologicznego punktu widzenia tak opisana sytuacja może przybrać formę dysonansu poznawczego, który psychika jednostki chce wyeliminować, bądź też racjonalizacji (w lżejszych przypadkach przemocy domowej). W wyjątkowych okolicznościach możliwe jest, że lekarze-psychologowie stwierdziliby, iż u danej jednostki wykształcił się syndrom sztokholmski. Nieco inną odmianą przedstawionego tutaj przykładu samooszukiwania może być sytuacja, w której w dorosłym lub późniejszym życiu jednostka nie pamięta aktów przemocy, których ofiarą padła. W tym wypadku samooszukiwanie będzie polegać na tym, iż ofiara będzie przekonana, że jakieś fakty w jej życiu nie zaszły, choć obiektywnie rzecz biorąc miały one miejsce. Psychologowie taki stan psychiczny jednostki określają zaś mianem represji opisaney podrozdziale 3.5 niniejszej pracy.

Poza doświadczeniami przemocy w rodzinie istnieją jednak inne możliwe do wyobrażenia przykłady samooszukiwania. Jedną z takich egzemplifikacji może być przypadek, w którym małżonek samooszukuje się co do uczucia miłości, jakim darzy swojego współmałżonka lub dziecko. Można to oczywiście rozszerzyć o okoliczność, w której jeden członek rodziny nie lubi/nie kocha drugiego, przykładowo brat nienawidzi brata, siostrzeniec wujka, itd. Model samooszukiwania w tak zarysowanej sytuacji będzie

wyglądał następująco: członek rodziny „A” jest przekonany, że kocha/lubi osobę „B”, podczas gdy obiektywnie jest inaczej – na poziomie wewnętrznych uczuć samooszukujący się czuje niechęć do krewnego; jedynie jego mentalne przekonanie jest takie, że „A” lubi/kocha „B”. Z jednej strony (tj. z psychologicznego punktu widzenia) takie zachowanie może być swego rodzaju reakcją obronną polegającą na próbie zaspokojenia własnych potrzeb bliskości, przyjaźni czy też miłości. Z drugiej zaś strony może być ona uwarunkowana procesami socjalizacji i wychowania – dana jednostka mogła przyjąć wzorce przekazane jej przez najbliższe otoczenie, tzn. że członkowie rodziny powinni się kochać/lubić i z poczucia obowiązku lub z powodu strachu przed społecznym odrzuceniem osoba ta ma przekonanie, że kogoś kocha lub lubi, choć jest to przekonanie błędne. Można przypuszczać, że specjaliści z zakresu psychologii w tak zaprezentowanej sytuacji tłumaczyliby takie zachowanie jednostki eliminowaniem dysonansu poznawczego lub reakcją pozorowaną.

Wreszcie ostatnim opisanym przykładem będzie sytuacja, w której członek rodziny wierzy w błędne przekonanie co do cechy, której tak naprawdę nie posiada bliska mu osoba. Mowa tu o stanie faktycznym, w którym żona wierzy w wierność i ponadprzeciętną inteligencję męża pomimo tego, iż ten drugi dostarcza jej ewidentnych dowodów, iż tak nie jest. Inną eksplikacją może być wydarzenie, w którym rodzic uważa, iż jego dziecko jest matematycznym geniuszem, choć oceny z tego przedmiotu przynoszone przez jego pociechę świadczą raczej o przeciętnych umiejętnościach potomka w tym obszarze. W tym przypadku przyczyn tego rodzaju samooszukiwania można poszukiwać w próbach uzdrowienia własnych kompleksów lub chęci zaspokojenia niespełnionych ambicji, marzeń bądź oczekiwań. Taki rodzic umiejętności i sukcesy dziecka może traktować jak własne. Z kolei fałszywe wyobrażenia o idealnym partnerze mogą stanowić obronę przed bolesną prawdą, na którą psychika danej osoby nie jest jeszcze gotowa. Samooszukiwanie jest w tym przypadku narzędziem, dzięki któremu człowiek buduje bezpieczną dlań – choć nieprawdziwą – rzeczywistość. W ten sposób kreuje lepsze miejsce, które odpowiada jego potrzebom. W tych przypadkach samooszukiwanie może przybrać formę (ponownie) eliminacji dysonansu poznawczego, selektywności percepcji, błędów pamięciowych, racjonalizacji czy idealizacji.

Przedstawione wyżej przykłady samooszukiwania w rodzinie z pewnością nie wyczerpują wszystkich możliwych konfiguracji tego zjawiska. W niniejszej pracy mają one jedynie walor przykładowy z uwagi na to, że w opinii autora stanowią one najbardziej jaskrawe i być może najczęstsze przypadki samooszukiwania, które mogą zachodzić w gronie rodzinnym. Ponadto mają one stanowić podstawę do wyciągnięcia pewnych wniosków oraz przyczynek do wywołania dyskusji na temat tego, czy zjawisko to może mieć jakiegokolwiek znaczenie na gruncie etyki prawniczej.

5. Wnioski, ocena i podsumowanie

Na podstawie przytoczonych przykładów samooszukiwania w rodzinie oraz zaprezentowanych podstaw (zarówno filozoficznych jak i psychologicznych) można wyciągnąć następujące wnioski. Po pierwsze, świadomość występowania tego zjawiska

powinna być powszechna wśród praktyków wykonujących zawody prawnicze – przede wszystkim wśród sędziów, prokuratorów oraz pełnomocników procesowych. Wiedza ta może mieć kluczowe znaczenie podczas dokonywania przez sędziego swobodnej oceny przytoczonych w toku sprawy karnej dowodów, gdzie ofiara przemocy domowej odmawia złożenia zeznań lub świadczy *in favorem* swojego oprawcy. W takiej sytuacji sędzia powinien wziąć pod uwagę możliwość, iż ofiara samooszukuje się co do okoliczności przemocy, której była poddawana. Znajomość tej koncepcji może okazać się również użyteczna dla prokuratora, który będzie zmierzał do skazania sprawcy przemocy. Nadto wydaje się, że także pełnomocnicy procesowi osób poszkodowanych przemocą rodzinną mogą skorzystać na bliższym zapoznaniu się z dorobkiem psychologii i filozofii w tej dziedzinie. Przedłożenie sądowi stanowiska, zgodnie z którym ofiara odmawia złożenia obciążających bliską jej osobę zeznań, ponieważ ulega zjawisku samooszukiwania – jeśli tylko zostanie dostatecznie wykazane – może stanowić mocny punkt linii obrony. Warto także podkreślić, że wiedza z tego zakresu może być również przydatna w sprawach rodzinnych przed sądami cywilnymi, podczas których sąd państwowy musi zdecydować o opiece nad maltretowanym dzieckiem, które jednocześnie broni swoich rodziców. Innym przykładem mogą być sprawy rozwodowe, w których należy orzec o winie za rozpad małżeństwa. Tutaj sędziowie i pełnomocnicy stron winni być szczególnie wrażliwi na wszelkie oznaki samooszukiwania któregoś ze współmałżonków.

Drugi wniosek, jaki można wyciągnąć z powyższych rozważań, jest związany z charakterem pracy, jaką wykonuje prawnik i to niezależnie od tego, czy jest sędzią, prokuratorem, radcą prawnym czy adwokatem. Przedstawiciele każdego z tych zawodów w olbrzymim zakresie swojej pracy mierzą się z wyzwaniem, jakim jest dokonanie prawidłowej argumentacji każdej czynności procesowej, którą chcą zrealizować. Sędzia musi w logiczny i prawidłowy sposób uzasadnić wydany przez siebie wyrok; prokurator ma obowiązek wykazać, dlaczego dana osoba powinna zostać pociągnięta do odpowiedzialności karnej; wreszcie profesjonalny pełnomocnik strony w procesie cywilnym musi uzasadnić, dlaczego dane żądanie powinno zostać uwzględnione. Dobrze przeprowadzona argumentacja musi być oparta na faktach, które stanowią podstawę dla dobrze wykonanych rozumowań prawniczych. Niemniej jednak istotną przeszkodę w tym procesie mogą stanowić:

- błędne przekonanie prawnika odnośnie faktów stanowiących podstawę dalszej argumentacji,
- błędne przekonanie co do źle przeprowadzonego wyводу argumentacyjnego (procesu myślowego).

To błędne przekonanie może mieć postać samooszukiwania, za którym mogą kryć się omówione wyżej zjawiska psychologiczne. I tak, sędzia wydając wyrok skazujący osobę na wieloletnią karę pozbawienia wolności musi mieć na uwadze, iż zeznania świadków, na których oparł ostateczną sentencję tego wyroku oraz jego uzasadnienie, mogą być mniej lub bardziej zniekształcone przez błędy pamięciowe, jakim ci świadkowie ulegli. Z kolei pełnomocnik procesowy, któremu zostały w pismach procesowych strony przeciwnej wytknięte oczywiste błędy logiczne, może na skutek doznania

dysonansu poznawczego oraz przeprowadzonej przez siebie racjonalizacji oszukiwać siebie samego co do faktu, iż jego argumentacja jest poprawna. Niemniej jednak prawidłowym postępowaniem takiego prawnika powinno być przyjęcie z pokorą tej krytyki, odrzucenie wadliwej ścieżki swojego uzasadnienia i poszukiwanie lepszych argumentów. Ta krótka analiza pokazuje niebezpieczeństwa zjawiska samooszukiwania, jakie kryją się podczas wykonywania zawodu prawnika na najróżniejszych jego płaszczyznach. Ich znajomość nie daje oczywiście stuprocentowej pewności nie popełniania błędów, które mogą być kosztowne w skutkach nie tylko dla samego prawnika, ale również jego klienta czy podsądnego. Możliwe jednak, że w pewnym stopniu wiedza na temat zjawiska samooszukiwania i jego natury minimalizuje ryzyko wystąpienia tychże błędów. Należy również pamiętać o tym, że warsztat prawniczy oparty jest na zasadzie racjonalnego działania – każda czynność wykonana przez prawnika powinna zostać zrealizowana w sposób racjonalny, a jej uzasadnienie musi mieć logiczne podstawy. Dotyczy to wszystkich prawniczych zawodów. Z kolei samooszukiwanie jest emanacją nieracjonalności, której każdy prawnik winien się wystrzegać.

Ostatnią konkluzją jest fakt, iż prawnicy-praktycy winni być edukowani (na studiach prawniczych czy podczas aplikacji zawodowych) w zakresie filozofii prawa oraz psychologii. Skoro okazuje się, że wiedza o tak wąskim aspekcie filozofii prawa i psychologii, jakim jest samooszukiwanie, okazuje się być użyteczna dla praktyki prawniczej, to konsekwentnie należy przyjąć, iż potrzebna jest odpowiednia edukacja, która będzie odpowiedzialna za przekazywanie tej wiedzy prawnikom. Dlaczego autor podkreśla wagę edukacji tych dwóch dziedzin nauki? Psychologia, w której stosuje się metodologię nauk empirycznych, niesie ze sobą niepodważalną wartość badawczą. Wyniki eksperymentów naukowych, które zostały uznane przez społeczność naukową, przedstawiają prawdę obiektywną o świecie, dlatego bardzo ważne jest, by wymiar sprawiedliwości znał i wykorzystywał najnowsze zdobycze nauki. Odnosząc się z kolei do filozofii prawa, to przypadek samooszukiwania wyraźnie pokazał, że istnieją koncepcje o czysto filozoficznym rodowodzie, które odznaczają się stosunkowo wysokim stopniem aplikowalności. Filozofowie byli pionierami w rozważaniach nad istotą samooszukiwania, nauki empiryczne zajęły się tym zagadnieniem stosunkowo późno. Filozofia okazuje się być nauką, która może mieć doniosłe znaczenie praktyczne. Na koniec warto podkreślić, że filozofia prawa jest dyscypliną, której zgłębienie pozwala poznać szereg innych, niezwykle cennych spostrzeżeń na temat takich obszarów prawoznawstwa, jak metody prawnicze czy normatywność prawa. Pozostaje więc wyrazić nadzieję, że jeżeli nie dojdzie do systemowych zmian w zakresie nauczania filozofii prawa i psychologii wśród praktyków prawa, to profesjonaliści sami zauważą tę potrzebę i zaczną realizować szeroką samo-edukację w tym zakresie.

Psychology of Self-Deception and the Law

The article concerns the phenomenon of self-deception and its implications for law and legal practice. The work, which is divided into several parts, in the first section presents a philosophical approach to the concept of self-deception. Various philosophical approaches to this issue are commented and discussed by author. In addition, the author also presents his own position. The next segment of the work is devoted to the discoveries of empirical sciences (psychology, *neuroscience*, etc.) which try to experimentally explain the reasons of self-deception. This chapter allows author to discuss the origins of this phenomenon. The third chapter deals with the occurrence of self-deception in the family sphere. In the last part of the work, the author presents his own conclusions about self-deception and its impact on legal practice, particularly on legal proceedings.

Key words: self-deception, psychology, law, jurisprudence, legal application

Patryk Walczak¹

Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 26 maja 2017 roku, V Ka 557/17

Streszczenie:

Niniejsza glosa dotyczy wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 26 maja 2017 roku, V Ka 557/17, w sprawie drukarza z Łodzi, w którym SO określił zakres oddziaływania klauzuli sumienia na obowiązek świadczenia usługi wynikający z art. 138 k.w. Główna teza wyroku, stwierdzająca niedopuszczalność odmowy spełnienia świadczenia z powodu światopoglądu lub wyznawanej religii, omawiana jest w perspektywie szerszej niż samo prawo wykroczeń. W opracowaniu poruszono problemy prywatnoprawne, konstytucyjne oraz teoretycznoprawne związane ze stanem prawnym i dokonaną przez sąd wykładnią. W pierwszej części omówiony został obowiązek świadczenia na gruncie prawa cywilnego. Kolejny fragment traktuje o aksjologicznych rozbieżnościach w ramach porządku prawnego, ze wskazaniem na relacje kodeks wykroczeń – kodeks cywilny oraz kodeks wykroczeń – Konstytucja. Ostatnia część odnosi się do aktywizmu sędziowskiego i instrumentalnego używania przez sąd wykładni teleologicznej. Wielowątkowość problemu i ogromny wpływ wyroku na fundamentalne prawa i wolności jednostki skłaniają do pochylenia się i omówienia wspomnianego judykatu. Podkreślenia wymaga fakt, że w tym samym czasie Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki rozstrzygnął analogiczną sprawę, również poświęconą doniosłości prawnej przekonań religijnych w obrocie gospodarczym, co świadczy o uniwersalności i istotności problemu.

Słowa kluczowe: klauzula sumienia, swoboda działalności gospodarczej, obowiązek świadczenia, aktywizm sędziowski

¹ Autor jest studentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

1.

Niniejsza glosa dotyczy wyroku Sądu Okręgowego Wydziału V Karnego w Łodzi w sprawie określonej przez opinię publiczną mianem procesu drukarza z Łodzi². Sąd uznał obwinionego winnym zarzucanego mu czynu opisanego przez art. 138 Kodeksu wykroczeń³. Odstąpił jednak od wymierzenia kary, wskazując na wychowawczy walor orzeczenia i dotychczas nienaganną postawę sprawcy wobec społeczeństwa. Jednocześnie uznał, że odmowa spełnienia świadczenia ze względu na przekonania i religię (obwiniony powoływał się na negatywne stanowisko Kościoła katolickiego wobec wspierania działalności ruchów LGBT) nie była uzasadnioną odmową w rozumieniu art. 138 k.w.

2.

Obwiniony w maju 2015 roku otrzymał wiadomość mailową na skrzynkę elektroniczną drukarni, w której pracował. Była ona nadana przez pełnomocnika Fundacji LGBT Business Forum i zawierała prośbę o wycenę usługi wytworzenia roll-upu o określonych cechach. Pracownik drukarni odpowiedział na wiadomość przedstawiając w niej wszystkie detale, którymi zainteresowany był pełnomocnik pokrzywdzonego. Po 18 dniach do drukarni nadeszła odpowiedź na wiadomość ze szczegółami dotyczącymi wyceny roll-upu, w której pełnomocnik przyjął przedstawioną przez drukarnię ofertę. Do wiadomości załączył również projekt graficzny, który miał być utrwalony na rozwijanym elemencie roll-upu. Obwiniony po zapoznaniu się z treścią załącznika uznał, że wyznawana przez niego religia nie pozwala mu na wykonanie zlecenia. Przedmiot zlecenia był bowiem materiałem reklamowym dla fundacji, której celami statutowymi jest promowanie interesów środowisk LGBT. Pracownik niezwłocznie odpowiedział zleceniodawcy, że musi odmówić spełnienia świadczenia, powołując się na negatywny stosunek nauki Kościoła katolickiego do popierania praktyk homoseksualnych oraz promowania ruchów na rzecz osób homoseksualnych, transseksualnych oraz transpłciowych. Rzecznik Praw Obywatelskich uznając, że odmowa spełnienia świadczenia miała charakter czysto dyskryminacyjny, zdecydował się na prawną interwencję w tej sprawie, uznając że był zobowiązany do reakcji na dyskryminację usługobiorcy ze względu na cechę osobistą⁴. Z jego inicjatywy doszło do złożenia wniosku przez policję o ukaranie pracownika drukarni.

² <http://www.rp.pl/Prawo-karne/305269935-Sad-Okregowy-Odmowa-uslugi-dla-LGBT-to-wykroczenie.html>, 6.12.2017. Analogiczna dyskusja o prawie do odmowy spełnienia świadczenia z powodu przekonań religijnych toczy się w Stanach Zjednoczonych w sprawie *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* (16–111).

³ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2015, poz. 1094 ze zm.).

⁴ <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rzecznik-praw-obywatelskich-wyjasnia-jakie-przepisy-obliguja-do-interwencji-w-sprawie-dyskryminacji>, 6.12.2017.

3.

Zgodnie z przyjętym przez sąd stanem faktycznym, powstał obowiązek świadczenia z powodu zawarcia umowy w trybie ofertowym. Obowiązek ten wynikał ze stosunku zobowiązaniowego świadczenia usług. Opierając podstawę obwinienia na art. 138 k.w. doszło do rozszerzenia katalogu przedmiotów ochrony zawartych w tym przepisie o profesjonalnych uczestników obrotu. Sąd uznał, że rozszerzenie to jest uzasadnione z uwagi na braki cechy relewantnej, pozwalającej na różnicowanie adresatów przepisów.

Nadto uznanie przez sąd, że: „indywidualny światopogląd czy subiektywne rozumienie wyznawanej religii nie mogą stanowić uzasadnionej przyczyny odmowy świadczenia w rozumieniu art. 138 k.w.”, pozwoliło na przypisanie odpowiedzialności obwinionemu, gdyż ten uzasadnił odmowę spełnienia świadczenia przekonaniem religijnym. Formalny charakter wykroczenia w postaci nieuzasadnionej odmowy spełnienia świadczenia⁵ wyłącza potrzebę wykazania skutku wykroczenia i związku między zachowaniem obwinionego a owym skutkiem⁶. Uznano, że w opisanym stanie faktycznym doszło do odmowy spełnienia świadczenia, a przyczyna odmowy nie miała charakteru uzasadnionego. Strona podmiotowa, z uwagi na intencjonalne zabarwienie czynności sprawczej, wymagała zamiaru bezpośredniego sprawcy, który został ustalony przez sąd na podstawie zebranego materiału dowodowego. Spełnienie wszystkich znamion przedmiotowych i podmiotowych wykroczenia pozwoliło na uznanie obwinionego za winnego zarzucanego mu czynu. Sąd, z uwagi na wychowawczy charakter wyroku i przykładowe wywiązywanie się obwinionego z obowiązków społecznych, odstąpił od wymierzenia kary i zwolnił go od kosztów sądowych.

4.

Rozważania nad przyjęciem art. 138 zd. 2 k.w. za podstawę obwinienia muszą być poprzedzone szeregiem założeń. Można je podzielić na dwie grupy, z których jedna będzie związana z prawem cywilnym, druga zaś odnosić się będzie do prawa wykroczeń. Ta pierwsza porusza problem powstania zobowiązania i ewentualnej możliwości odmowy spełnienia świadczenia w ramach stosunków cywilnoprawnych. Druga zaś traktuje o przedmiocie ochrony art. 138 zd. 2 k.w., jego pozycji w porządku prawnym oraz okolicznościach uzasadniających odmowę spełnienia świadczenia w rozumieniu tego przepisu.

5.

Warunkiem koniecznym pociągnięcia obwinionego do odpowiedzialności za popełnione wykroczenie jest istnienie obowiązku spełnienia świadczenia⁷. W opisanym wy-

⁵ T. Bojarski, *Polskie prawo wykroczeń*, Warszawa 2003, s. 216.

⁶ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014, s. 199–206.

⁷ M. Kulik [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa 2016, s. 877.

żej stanie faktycznym ma ono swoje źródło w umowie zawartej w trybie ofertowym. Potwierdzenie zawarcia umowy przez obie strony postępowania sprawia, że kwestię istnienia wężła obligacyjnego należy uznać za bezsporną.

Uznanie istniejącego wężła obligacyjnego za podstawę obowiązku spełnienia świadczenia pozwala rozważyć dopuszczalność odmowy świadczenia na gruncie Kodeksu cywilnego⁸. Polski ustawodawca nie zawarł w nim żadnego ogólnego przepisu dającego *explicite* prawo do odmowy świadczenia z jakiegokolwiek przyczyny⁹. Wynika ono z szerokiej autonomii stron stosunku zobowiązaniowego. Ogólną zasadą reżimu kontraktowego jest odpowiedzialność odszkodowawcza za niewykonanie zobowiązania z powodu przyczyn, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność¹⁰. Jeśli odmawia z powodu niemożliwości świadczenia, to zobowiązanie wygasa, a wraz z nim obowiązek świadczenia¹¹. Nie ma zatem w Kodeksie cywilnym przepisu, który pozwoliłby na zmuszenie dłużnika do spełnienia świadczenia. Ma on pełną swobodę w odmowie, która wiąże się jednakże z potencjalnym odszkodowaniem z tytułu wyrządzenia szkody. Ta ostatnia jest immanentną przesłanką warunkującą powstanie obowiązku odszkodowawczego. Niewykazanie szkody przez wierzyciela sprawia, że dłużnik nie ponosi żadnych konsekwencji odmowy spełnienia świadczenia.

Jednakże sąd w uzasadnieniu zanegował istnienie wspomnianej swobody odmowy spełnienia świadczenia podkreślając, że dla powstania takiego uprawnienia niezbędne jest jego uprzednie włączenie do stosunku prawnego. Twierdzenie sądu należy uznać za niezasadne, gdyż wspomniane postanowienie nie wytworzyłoby takiego uprawnienia. Potwierdzałoby wyłącznie autonomię strony do kształtowania własnych stosunków cywilnoprawnych przewidzianą w przepisach Kodeksu cywilnego. Takie zastrzeżenie byłoby zgodne z zasadą swobody umów, lecz jego istnienie nie byłoby warunkiem koniecznym do powstania prawa do odmowy spełnienia świadczenia.

Wspomniana swoboda odmowy świadczenia ma również swoje potwierdzenie w ustawie zasadniczej. Zgodnie z brzmieniem art. 65 ust. 2 Konstytucji¹² wyłącznym źródłem bezwzględnego obowiązku pracy może być ustawa. Zasada ta znajduje swoje dopełnienie w art. 4 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹³. Monopol państwa na obciążanie przymusem pracy jest wyjątkiem od generalnej zasady wolności wyboru i wolności wykonywania zawodu jednostki, przewidzianej w ustępie pierwszym tego samego artykułu Konwencji. W konsekwencji Kodeks cywilny nie przewiduje przepisów imperatywnych, pozwalających stronom na wzajemne obciążanie się obowiązkiem pracy. Takie podmiotowe ograniczenie kompetencyjne na rzecz państwa pozwala wnioskować *a contrario*, że przymus pracy nie może mieć swojego źródła w normach

⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017, poz. 459 ze zm.).

⁹ K. Zagrobelny [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2016, s. 957.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*, s. 967–968.

¹² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

¹³ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. 1993, Nr 61, poz. 284 ze zm.).

horyzontalnych prawa cywilnego, kształtowanych przez strony stosunku prawnego, a zatem sam fakt istnienia kontraktowego stosunku zobowiązaniowego nie rodzi po stronie dłużnika żadnego bezwzględneho obowiązku świadczenia.

6.

Pominięcie przez przepisy imperatywne prawa cywilnego kategorii odmowy spełnienia świadczenia, w połączeniu z nadaniem doniosłości prawnej nieuzasadnionej odmowie świadczenia przez prawo wykroczeń, budzi pewne systemowe wątpliwości. Oczywiście istnieje szereg norm karnych, których *ratio* obce jest prawu cywilnemu (np. karanie za abstrakcyjne narażenie chronionego dobra). Wydaje się jednak, że subsydiarny charakter prawa wykroczeń powinien być swoistym aksjologicznym przedłużeniem wartości prawa prywatnego. W opisywanym stanie faktycznym przepis kształtujący odpowiedzialność obwinionego wydaje się odbiegać od wartości uznanych przez prawo cywilne. Jeśli nie przewiduje ono bezwzględnej odpowiedzialności za nieuzasadnioną odmowę spełnienia świadczenia¹⁴, to tym bardziej takie zachowanie nie powinno być penalizowane na gruncie prawa wykroczeń.

Pomimo że Kodeks cywilny powstawał w okresie Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej i nadal można w nim znaleźć instytucje nadmiernie osłabiające pozycję wierzyciela, to bliżej mu do, przewidzianej przez obecną Konstytucję, gospodarki wolnorynkowej z elementami interwencjonizmu państwowego¹⁵, niż do gospodarki ukształtowanej przez narodowy plan gospodarczy, która opiera się na uspołecznionych środkach produkcji, wymiany, komunikacji i kredytu¹⁶. W przypadku art. 138 k.w. proporcje te są odwrócone. Jego uchwalenie w minionym ustroju, silniej niż w przypadku Kodeksu cywilnego, odbiło się na wartościach, które leżą u jego podstaw. Omawiany przepis został przecież w niezmiennym sposobie przejęty z art. 15 ustawy o zwalczaniu spekulacji i ochronie interesów nabywców oraz producentów rolnych w obrocie handlowym¹⁷.

Już sam tytuł ustawy wskazuje na jej silne nacechowanie socjalistyczne. To właśnie w ustroju socjalistycznym mianem spekulanta określano handlarzy, którzy zarabiali na nieprzerwanej, choć negowanej przez ówczesne władze, fluktuacji cen towarów. Innymi słowy, kupowali taniej, a sprzedawali drożej, czyli robili dokładnie to, co charakteryzuje znaczną część współczesnego obrotu gospodarczego. To mali i średni przedsiębiorcy, którzy od 2015 roku wytwarzają ponad 50% polskiego PKB¹⁸, mogliby być współcześnie nazywani spekulantami w rozumieniu wspomnianej ustawy. To ci ostatni

¹⁴ Kodeks cywilny pozostawia stronom decyzję o sankcji represyjnej za odmowę spełnienia świadczenia w drodze zastrzeżenia kary umownej. Należy jednak zauważyć, że rzadko strona profesjonalna umowy konsumenckiej zastrzega taką karę na rzecz konsumenta.

¹⁵ K. Zaradkiewicz [w:] *Konstytucja RP. Komentarz do art. 1–86*, tom I, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 517.

¹⁶ Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z dnia 22 lipca 1952 r. (Dz.U. Nr 33, poz. 232 ze zm.).

¹⁷ Ustawa z dnia 13 lipca 1957 r. o zwalczaniu spekulacji i ochronie interesów nabywców oraz producentów rolnych w obrocie handlowym (Dz.U. Nr 39, poz. 171).

¹⁸ Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, *Raport o stanie małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce*, Warszawa 2017, s. 5.

w poprzednim ustroju obnażali niedoskonałości centralnie sterowanej gospodarki nie-doboru, co spotykało się ze stanowczą reakcją władz PRL. Jedną z odpowiedzi na taką działalność był właśnie art. 138 Kodeksu wykroczeń. W społecznej gospodarce rynkowej nie ma potrzeby reakcji na działalność określaną w przeszłości mianem spekulacji. Jest ona oparta bowiem na mechanizmie zdecentralizowanej regulacji ceny, na którą oddziałują uczestnicy obrotu.

Niestety wątek relacji wspomnianej zasady ustrojowej do przepisu stanowiącego podstawę skazania nie został podjęty przez sąd. Nie było to jednakże spowodowane wstrzeźliwością sądu od bezpośredniego stosowania Konstytucji. Sąd w końcowej części uzasadnienia nie uciekał od interpretacji Kodeksu wykroczeń w świetle obecnie obowiązującej Konstytucji. Odnosząc się zarzutów apelacyjnych, współstosował modyfikująco Konstytucję razem z podstawą obwinienia, aby uzasadnić rozszerzenie katalogu przedmiotów ochrony art. 138 k.w. Jest to przejaw instrumentalnego stosowania wykładni prokonstytucyjnej, użytej w celu rozszerzenia zakresu ochrony przepisu, ale pominiętej w sytuacji wyraźnej potrzeby zbadania zgodności art. 138 k.w. z podstawowymi zasadami ustrojowymi RP.

7.

Oprócz zestawienia podstawy obwinienia z ustrojowymi przepisami konstytucyjnymi należy zwrócić uwagę na zakres wykładni zastosowanej przez sąd do interpretacji przepisu będącego podstawą obwinienia. Wydaje się bowiem, że doszło w głosowanym wyroku do instrumentalnego użycia wykładni literalnej przepisów. Dekodowanie normy zapisanej w art. 138 k.w. bez interpretacji historycznej i celowościowej pozwala bowiem na niemal nieograniczoną możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności za wykroczenie, jeśli odmowa nie zostanie uznana za uzasadnioną. Nierzadko nie sposób z samego brzmienia przepisów odczytać, jakie wartości miały chronić. Pominięcie tych ostatnich w interpretacji prawa, w połączeniu z niedookreślonością katalogu uzasadnionych przyczyn odmowy spełnienia świadczenia, pozwala sądowi na niemalże nieograniczoną możliwość przypisania odpowiedzialności za opisane wykroczenie. Sąd w omawianej sprawie, kierując swoją uwagę na interpretację brzmienia przepisu, dokonał twórczej wykładni odrywając go od okoliczności, w których powstał. Pomiął je i dopasował zakres jego oddziaływania do zdefiniowanych przez sąd potrzeb współczesności lub oczekiwań pewnych grup społecznych. Należy jednak z całą stanowczością podkreślić, że sędziowie nie zostali wyposażeni przez Konstytucję w uprawnienia do dostosowywania przepisów do zaistniałych zmian społecznych. W ustroju demokratycznym, w warunkach podziału władzy, jest to wyłączna kompetencja władzy ustawodawczej¹⁹. Takie przekroczenie ustrojowych uprawnień przez judykaturę określa się mianem aktywizmu sędziowskiego²⁰, a jego przejawy można obserwować nie tylko w orzecznictwie sądów karnych.

¹⁹ A. Scalia, *Mullahs of the West: Judges as a Moral Arbiters*, Warszawa 2009, s. 14.

²⁰ B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Warszawa 2012. Autorzy przywołanej monografii poruszają problem definicji aktywizmu sędziowskiego wraz z synchroniczną analizą komparatystyczną.

Polega on zwykle na zastosowaniu doraźnej wykładni celowościowej, która nieodniesiona do wykładni historycznej pozwala na arbitralne rozszerzanie zakresu obowiązywania przepisu bądź wypełniania luk prawnych, najczęściej w drodze analogii. Taki sposób interpretacji prawa opowiada raczej na pytanie, jak prawo powinno brzmieć według interpretatora, a nie jak brzmi w rzeczywistości. W komentowanym wyroku można znaleźć dwa przykłady opisanego zjawiska.

Pierwszy z nich polega na rozszerzeniu katalogu okoliczności uzasadniających ochronę gwarantowaną przez omawiany przepis Kodeksu wykroczeń. Odkrycie aksjologii art. 138 k.w. jest niezbędne dla jego właściwego stosowania. Służył on bowiem w przeszłości do ochrony majątkowych interesów uczestników obrotu gospodarczego. Świadczy o tym już sam tytuł ustawy, w której rozważany przepis pojawił się po raz pierwszy. Jej celem było przeciwdziałanie tworzeniu się alternatywnego rynku towarów i usług, którego ceny odbiegałyby od tych odgórnie narzuconych. Miał tedy charakter antydyskryminacyjny, ale w sferze interesów majątkowych. Wszak ustrój socjalistyczny, którego celem jest równy dostęp do zasobów wszystkich obywateli, osłabiał w drodze prawnych regulacji pozycję bogatszych i gotowych do zapłaty wyższej ceny. Wydaje się, że przeniesienie tego przepisu do Kodeksu wykroczeń nie zmieniło ustalonej wcześniej aksjologii normy. Okoliczności ustrojowe, w których powstawały oba akty prawne, były w zasadzie identyczne.

Obecnie art. 138 k.w. jest stosowany w zupełnym oderwaniu od celu, który przyświecał ustanowieniu tej normy w 1957 roku. Interpretacja wyłącznie za pomocą wykładni literalnej pozwala na dowolne określanie zakresu oddziaływania przepisu. Użycie art. 138 zd. 2 k.w. za podstawę karania osób, które odmawiają spełnienia świadczenia z powodów innych niż interesy majątkowe, jest nadużyciem kompetencji przez sąd. W drodze twórczej interpretacji stawia się on w roli ustawodawcy, który przecież nie stworzył tego przepisu dla przeciwdziałania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną czy rasę. Potrzeba istnienia takiej regulacji nie jest żadnym uzasadnieniem dla naruszenia przez sąd swojej roli ustrojowej, w drodze rozszerzającej wykładni. Wszak prawo publiczne, z uwagi na nierównorzędność podmiotów, nie powinno być traktowane rozszerzająco na korzyść podmiotu dominującego. Szczególnie, że istnieje szereg przepisów przewidujących środki prawne w reakcji na naruszenie dóbr osobistych, godności i czci, zarówno w Kodeksie cywilnym²¹, jak i Kodeksie karnym²². Wyprowadzanie takiej normy z przepisu, który jej nie zawiera, jest uderzeniem w ustrój demokratyczny w imię ochrony wybranych mniejszości. Nie można zapomnieć, że w demokratycznym państwie to większość parlamentarna, a nie sądy, ustala prawa.

Drugim przykładem aktywizmu sędziowskiego w omawianym orzeczeniu jest rozszerzenie przedmiotu ochrony art. 138 k.w. Tym razem sąd odstąpił od wykładni literalnej i systemowej na rzecz teleologicznej, wspartej bezpośrednim stosowaniem Konstytucji o charakterze modyfikacyjnym. Ograniczenie przedmiotu ochrony do konsumentów zostało przez sąd uznane za niezgodne z zasadą równości wobec prawa.

²¹ M. Kosiór, A. Puchała, N. Skiba [w:] *Dobra osobiste*, red. I. Lewandowska-Malec, Warszawa 2017, s. 213–250.

²² D. Skiba [w:] *Dobra osobiste*, red. I. Lewandowska-Malec, Warszawa 2017, s. 251–300.

Uzasadnieniem rozszerzenia ochrony przez sąd jest fakt występowania osób fizycznych i prawnych na równych prawach w obrocie, utrwalone orzecznictwo oraz brak wymogu zdolności do czynności prawnych do dokonywania czynności życia codziennego. Z pierwszą tezą nie sposób się zgodzić, gdyż od uczestników obrotu profesjonalnego wymaga się podwyższonego standardu staranności i większej wiedzy o dokonywanych czynnościach. Nie można więc mówić o równym traktowaniu tych podmiotów w obrocie. Fakt utrwalonego orzecznictwa jest silnym argumentem praktycznym, lecz trudno uznać jego trafność, gdy wspomniane orzecznictwo nosi znamiona wykładni *contra legem*, spowodowanej zbyt daleko idącym stosowaniem analogii przez sąd. Ponadto trudno zrozumieć podniesiony przez sąd argument o braku wymogu zdolności do czynności prawnych do spraw życia codziennego. W żaden sposób nie uzasadnia on bowiem rozszerzenia ochrony.

Szereg komentarzy do Kodeksu wykroczeń sprzed niespełna kilku lat zgodnie potwierdza zakres przedmiotu ochrony do konsumentów²³. Proces włączania do przedmiotu ochrony podmiotów niebędących konsumentami jest najpewniej efektem potrzeby istnienia szczególnego przepisu odpowiadającego na dyskryminowanie zleceniodawców²⁴. Wykładnia rozszerzająca, sprzeczna z przepisami prawa, nie jest jednak właściwą drogą dla wytworzenia normy chroniącej interesy potencjalnie pokrzywdzonych.

8.

Konsekwencją ziszczenia się opisanych powyżej założeń, niezbędnych do uznania, że pracownik drukarni jest winny zarzucanego mu czynu, jest przejście do głównej tezy orzeczenia. Sąd stwierdził bowiem stanowczo, że „indywidualny światopogląd czy subiektywne rozumienie wyznawanej religii nie mogą stanowić uzasadnionej przyczyny odmowy świadczenia w rozumieniu art. 138 k.w.”. Zaliczył do takich okoliczności nietrzeźwość, niepełnoletniość czy niewłaściwe zachowanie klienta. Uznał zatem, że przyczyna odmowy spełnienia świadczenia może leżeć głównie po stronie dającego zlecenie, bez jakiegokolwiek różnicowania przyczyn za względu na charakter prowadzonej działalności. Osoby wykonujące zawody zaufania publicznego będą miały przecież znacznie mniejszą swobodę odmowy spełnienia świadczenia w porównaniu

²³ Za przedmiotem ochrony wskazanym przez tytuł rozdziału opowiadają się m.in.: M. Mozgawa [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2009, s. 483; M. Bojarski [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. M. Bojarski, W. Radecki, Warszawa 2011, s. 772. Za rozszerzeniem przedmiotu ochrony: M. Kulik, *op.cit.*, s. 875.

²⁴ Przejawem takiej potrzeby może być art. 16 projektu I księgi kodeksu cywilnego z 2015 roku opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną:

„Art. 16. Zakaz nierównego traktowania

§ 1. Za naruszenie dobra osobistego uważa się gorsze traktowanie osoby przy czynnościach prawnych mających na celu dostarczenie przeznaczonych dla ogółu dóbr i usług, w tym mieszkania, niż jest lub byłaby traktowana inna osoba ze względu na jej płeć, pochodzenie etniczne albo z motywacji rasowej (nierówne traktowanie). Dotyczy to także gorszego traktowania wynikającego z zastosowania pozornie neutralnych kryteriów.

§ 2. Jeżeli uprawniony uprawdopodobni nierówne traktowanie, domniemywa się jego istnienie”.

do innych trudniących się powszechną działalnością. Ponadto niezasadna wydaje się konstatacja sądu kwestionująca prawo do odmowy spełnienia świadczenia ze względu na przekonania religijne czy światopogląd. Niestety sąd uzasadniając swoją decyzję odwołał się do niemającego żadnego związku ze sprawą przedstawienia radykalizmów religijnych twierdząc, że powszechne prawo do klauzuli sumienia prowadziłoby do paraliżu ekonomicznego państwa. Jak powszechnie wiadomo, trudne i zawile sprawy nie powinny być probierzem tworzenia prawa.

Co więcej, odwołanie się do racjonalnego argumentu ekonomicznego prowadziłyby najpewniej do złagodzenia stanowiska sądu. Trudno wyobrazić sobie bowiem zjawisko powszechnego odmawiania spełnienia świadczeń. Takie zachowanie rychło doprowadziłoby do bankructwa prowadzonego przedsięwzięcia. Wątpliwości wzmacnia fakt, że preferencje seksualne czy przekonania religijne potencjalnego zlecającego usługę mają zwykle charakter prywatny. Trudno dyskryminować, jeśli nie ma się wiedzy o czyjejs wierze czy wartościach.

Zaskakuje brak odniesienia się sądu do wyroku Trybunału Konstytucyjnego poruszającego dopuszczalny zakres ograniczeń w powoływaniu się na klauzulę sumienia²⁵. Choć wyrok ten dotyczył lekarzy, to ma on znacznie szersze oddziaływanie, ponieważ zwrócił uwagę na pierwotny i niezbywalny charakter wolności sumienia. Ewentualna pozytywna decyzja ustawodawcy bądź ustrojodawcy o nadaniu takiej wolności w drodze aktu prawnego nie ma tutaj najmniejszego znaczenia prawnego. Wolność sumienia ma swoje źródło w prawie naturalnym. Dotyczy zatem wszystkich, a nie tylko ustawowo oznaczonych grup zawodowych²⁶. Oczywiście, w wyjątkowych okolicznościach (lekarz nie może odmówić leczenia, jeśli spowoduje to bezpośrednie zagrożenia dla życia pacjenta) ulega ona ograniczeniu. Bądź co bądź, potrzeba wydrukowania materiału reklamowego o określonej treści nie jest wystarczająco doniosłym dobrem, które pozwoliłoby na ograniczenie wolności sumienia, której integralnym elementem jest sprzeciw sumienia²⁷. Zwłaszcza, że usługa ta mogła być wykonana przez inny podmiot, których wiele jest na rynku drukarskim.

9.

Głosowany wyrok SO należy ocenić negatywnie. Uderza niekonsekwencja w metodach interpretacji podstawy obwinienia i instrumentalne użycie bezpośredniego stosowania Konstytucji. Szczególnie zaskakujące jest pominięcie niespójności aksjologicznej omawianego przepisu Kodeksu wykroczeń zarówno z Kodeksem cywilnym, jak i ustawą zasadniczą. Największym zagrożeniem przejawiającym się w omawianym wyroku jest jednak daleko idący aktywizm sędziowski. Interpretacja przepisu w oderwaniu od jego wartości i analizy historycznej jest najkrótszą drogą do wypaczenia obowiązującego prawa i instytucji demokratycznych. Zdecydowanie negatywnie należy ocenić także

²⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r., K 12/14, OTK-A 2015/9/143.

²⁶ M. Olszówka, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz do art. 1–86*, tom I, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1263.

²⁷ Wyrok TK K 12/14.

nieprzywołanie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, które klarownie wykląda źródło wolności sumienia, jej treść i granice oraz tym samym zbojkotowanie art. 53 ust. 1 Konstytucji. Wszak trudno wyobrazić sobie bardziej uzasadnioną przyczynę odmowy spełnienia świadczenia niż przekonania religijne.

* * *

Comment on the Judgement of the Regional Court of Łódź of 26th of May 2017, V Ka 557/17

The case note is on the judgement of the Regional Court of Łódź of 26th of May 2017, V Ka 557/17, in which the Court ruled that the debtor cannot refuse the performance of the contract to the creditor due to the worldview or religion. The note attempts a wide analysis of the problem of contract performance refusal, not only concerning misdemeanors law but also civil and constitutional law and its interpretation, so theory of law. The first part covers contract performance obligation in civil law and consequences of contract performance refusal. The second part includes axiology variances between Code of Petty Offences and Civil Code as well as Code of Petty Offences and Constitution. The last one concerns the Court's judicial activism and usage of teleological reasoning. Complexity of the legal issue and the decision's enormous impact on the fundamental rights and freedoms of the individual are sufficient justification for discussion about that judgement. What is more, at the same time SCOTUS is considering similar case concerning the relation between freedom of religion and freedom of business activity, which proves the importance and universalism of discussed legal problem.

Key words: conscience clause, freedom of business activity, judicial activism, contract performance obligation

Tomasz Bednarz, Jakub Bednarek¹

Legalność jednostronnego ogłoszenia niepodległości przez Katalonię w perspektywie prawa hiszpańskiego i prawa międzynarodowego

Streszczenie:

Odrębność kulturowa i polityczna Katalonii ukształtowała się w przeciągu wielowiekowego procesu historycznego. Obecna konstytucja hiszpańska z 1978 roku stanowi podstawę funkcjonowania wspólnot autonomicznych. Jednocześnie stanowi ona o niepodzielności państwa i istnieniu jednego narodu hiszpańskiego. W odwołaniu do tych zasad trybunał konstytucyjny uznał katalońskie referendum niepodległościowe za nielegalne. Dążenia władz w Barcelonie nie znajdują również oparcia w prawie międzynarodowym. Zasada samostanowienia narodów posiada oblicze wewnętrzne i zewnętrzne. Samostanowienie powinno być realizowane w ramach istniejącego systemu ustrojowego i zgodnie z obowiązującym prawem wewnętrznym. Dążenia separatystyczne znajdują uzasadnienie w kontekście narodów okupowanych, kolonialnych oraz tych, wobec których łamane są podstawowe prawa człowieka, w tym prawo do wewnętrznego samostanowienia. Jednak na podstawie decyzji Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości należy stwierdzić, że prawo międzynarodowe nie zabrania ogłoszenia niepodległości poza zakresem prawa do samostanowienia. Co za tym idzie, jednostronne ogłoszenie niepodległości nie byłoby sprzeczne z międzynarodowym porządkiem prawnym.

Słowa kluczowe: Hiszpania, Katalonia, niepodległość, referendum, separatyzm, samostanowienie narodów, remedial secession

¹ Autorzy są studentami V roku Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

*Without dignity there is no liberty, without justice there is no dignity, and without independence there are no free men*²

Patrice Lumumba

1. Wprowadzenie

Referendum niepodległościowe w Katalonii, które odbyło się w październiku 2017 roku oraz późniejsze dążenia władz w Barcelonie do uzyskania niepodległości ponownie wywołały dyskusje dotyczącej dążeń separatystycznych w Europie³. W dyskursie publicznym stale porusza się kwestie słuszności roszczeń niepodległościowych oraz zadaje się pytanie dotyczące ewentualnych konsekwencji politycznych i gospodarczych podziałów terytorialnych. Jednocześnie w socjologii podnosi się problem tzw. współczesnego „neo-tribalism”, który zagraża liberalnym demokracjom i ponadnarodowym inicjatywom⁴.

Celem niniejszego opracowania jest próba wyodrębnienia aspektów prawnych sporu i ich doktrynalna analiza. W celu nadania rozważaniom odpowiedniego kontekstu na początku przedstawione są historyczne uwarunkowania katalońskiej autonomii. Następnie analizowany jest ustrój konstytucyjny Hiszpanii w celu odpowiedzi na pytanie, czy działania władz katalońskich można uznać za legalne w aspekcie wewnętrznym oraz międzynarodowym. Wspomniane kwestie są przyczynkiem do rozważań dotyczących prawa do samostanowienia narodów. W niniejszym artykule prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym prawo do samostanowienia ma charakter uniwersalny, a co za tym idzie legitymizuje tzw. „remedial secession”. Jednak prawo to jest ograniczone jedynie do określonych okoliczności, w których nie znajduje się obecnie Katalonia.

2. Rys historyczny

Obraz terytorium współczesnego Królestwa Hiszpanii w znacznym stopniu stanowi konsekwencję arabskiej obecności na Półwyspie Iberyjskim (arab. *Al- Andalus*), która trwała do XV wieku n.e. Arabowie najechali półwysep na początku VIII wieku n.e. i w niedługim czasie zajęli praktycznie całe jego terytorium, z wyłączeniem niewielkiego księstwa Asturii, położonego na północy. Wielka inwazja zniszczyła praktycznie całkowicie Królestwo Hiszpanii założone przez Wizygotów, ale co najważniejsze – nie zniszczyła idei Hiszpanii. Kierując się wspomnianą ideą katolicycy możnowładcy rozpoczęli działania militarne na rzecz odepchnięcia Arabów na południe półwyspu. Czas ten nazywany jest rekonkwistą⁵. Wraz z sukcesami rekonkwisty, na zajmowanych z powrotem północnych terenach powstawały liczne feudalne ośrodki państwowe, takie jak np. Królestwo Leonu, Królestwo Kastylii, Królestwo Nawarry, Królestwo Aragonii

² P. Lumumba, List do żony [w:] G. Goethals, G. Sorenson, *Encyclopedia of Leadership*, Vol. 2, Londyn 2004, s. 924.

³ Zob. więcej w kwestii politycznego tła sporu: J. Ma Reniu, *Could Catalonia Become Independent?*, *International Journal Of Legal Information* 1/2014, s. 67–74.

⁴ Zob. A. Cassese, *Self-Determination Of Peoples*, Cambridge 1995, s. 339–341.

⁵ R. Szul, *Regionalizm w Hiszpanii*, *Studia Regionalne* 16/2015, s. 3.

oraz Hrabstwo Barcelony. Konsekwencje wspomnianego podziału wywierają istotny wpływ na współczesny ukształtowanie kulturowe i polityczne Hiszpanii. W procesie rozwoju półwyspu wiodącym królestwem stała się Kastylia (połączona z Leonem), a od ślubu Izabeli Kastylijskiej i Ferdynanda Aragońskiego przyjmuje się powstanie Królestwa Hiszpanii. Była to jednak tylko unia personalna, która nie wyeliminowała odrębności. Obszarem istotnych różnic była sfera językowa. Język kataloński był uznawany za dialekt języka kastylijskiego, jednak jego powszechne używanie przez ludność zarówno Katalonii, jak i Balearów nadało mu olbrzymiego znaczenia⁶.

Z czasem pojawił się konflikt pomiędzy koncepcjami organizacji państwa hiszpańskiego, który w niezmienionej formie rezonuje do dzisiaj. Był to konflikt pomiędzy koncepcją centralizacyjną (głoszącą dążenie do unifikacji językowej, administracyjnej i promowanej przez Kastylię), a koncepcją decentralizacyjną głoszoną przez tereny odmienne kulturowo od centralnego ośrodka władzy. Na przełomie nowożytnych wieków powyższe koncepcje były na zmianę implementowane w hiszpańskim systemie politycznym. Mimo tego, że w XIX wieku to ośrodek w Madrycie (tj. kastylijski) odciskał znacznie wyraźniej piętno na polityce Królestwa, to regionalizmy, zamiast zniknąć, przybierały na sile. Katalonia i Kraj Basków były najbardziej zasobnymi terenami całej ówczesnej Hiszpanii, przez co Baskowie i Katalończycy opierali się „kastylizacji”⁷. Problemy gospodarcze całego kraju utwierdzały tylko mieszkańców peryferii w przekonaniu o wyższości lokalnych ośrodków i braku potrzeby unifikacji. W XX wieku, w czasach II Republiki Hiszpańskiej (tj. zaraz przed wybuchem wojny domowej), udało się Katalonii uzyskać status regionu autonomicznego. Jednak zwycięstwo w wojnie stronnictwa generała Francisco Franco spowodowało powrót do silnie scentralizowanej administracji, bez poszanowania regionalnych odrębności⁸. Język kataloński został całkowicie usunięty z przestrzeni publicznej. Zakazano eksponowania katalońskiej flagi *Senyera* oraz odśpiewywania katalońskiego hymnu *Els Segadors*. Zdecydowana większość członków katalońskich partii, których działalność została zakazana przez reżim, udało się na długoletnie wygnanie. Niektórzy działacze, w ramach represji politycznych, zostali zamordowani⁹. Po śmierci generała Katalonia, w czasie tzw. preautonomii, stopniowo odzyskiwała swoje regionalne instytucje (tj. *Generalitat* i jej władzę wykonawczą). Cały kraj wszedł wówczas na drogę głębokiej decentralizacji, zarówno politycznej, jak i administracyjnej¹⁰. Ostatecznie możliwość stworzenia wspólnoty autonomicznej zagwarantowana została w Konstytucji hiszpańskiej z 1978 roku¹¹. Jak podkreślają niektórzy autorzy, poziom uprawnień nadany wspólnotom w hiszpańskiej ustawie zasadniczej jest dowodem już nie na decentralizację,

⁶ *Ibidem*, s. 3–5.

⁷ V. Ferreres Comella, *The Spanish Constitutional Court confronts Catalonia's "right to decide"*, *European Constitutional Law Review* 3/2014, s. 571.

⁸ R. Donario, *Catalans can't agree on what independence means*, *The Atlantic*, 9.12.2017, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2017/12/catalonia-independence-spain/547766/>, 26.04.2018.

⁹ M. Guibernaut, *Prospects for an independent Catalonia*, *International Journal of Politics, Culture and Society* 1/2014, March, s. 10.

¹⁰ J. Hopkin, *Devolution and party politics in Britain and Spain*, *Party Politics* 2/2009, s. 179.

¹¹ A. Sroka, *Hiszpańska droga do federalizmu*, Wrocław 2008, s. 80.

ale federalizację Królestwa Hiszpanii¹². Na koniec należy wspomnieć, że w 1983 r. rząd centralny próbował znacząco ograniczyć kompetencje przyznane wspólnotom w statutach, wprowadzając *Ley Organica de Armonizacion del Proceso Autonomico* (LOAPA). Przedmiotem kontrowersji były postanowienia ustawy, na mocy których akty prawne uchwalane przez parlamenty wspólnot autonomicznych stawałyby się prawomocne wyłącznie za zgodą rządu centralnego. Hiszpański sąd konstytucyjny uchylił zdecydowaną większość tych postanowień, argumentując na podstawie art. 137 ust. 2 Konstytucji Hiszpanii iż „autonomia to możliwość podejmowania samodzielnie decyzji w ramach kompetencji przyznanej przez Konstytucję, po wejściu w życie tych przepisów wspólnoty autonomiczne zostałyby całkowicie pozbawione autonomii”¹³. Orzeczenie to uznaje się za ostateczne potwierdzenie modelu decentralizacji w Królestwie Hiszpanii.

3. Status Katalonii w świetle Konstytucji z 1978 roku

Konstytucja Hiszpanii bardzo wyraźnie nawiązuje do idei autonomizacji kraju w tytule VIII (art. 143–158). Fundamentalne jednak znaczenie ma art. 2: „Konstytucja opiera się na nierozdzielnej jedności Narodu hiszpańskiego, wspólnej i niepodzielnej ojczyzny wszystkich Hiszpanów, a także uznaje i zapewnia prawo do autonomii stanowiących go narodowości i regionów oraz solidarność między nimi wszystkimi”¹⁴.

Konstytucja dzieli kompetencje państwa na te, które można delegować na wspólnoty (art. 148 ust. 1 zawiera 22 punkty enumeratywnie wymienionych dziedzin, w których wspólnota autonomiczna może działać) i kompetencje wyłączne należące do władzy centralnej (art. 149 ust. 1)¹⁵. Sprawy, które nie zostały wymienione w wyżej wymienionych ustępach, przynależą do kompetencji władzy centralnej, o czym wyraźnie stanowi art. 149 ust. 2, dopuszczając jednak przejęcie takich kompetencji na mocy statutu przez wspólnoty autonomiczne, jednak dopiero 5 lat po ich powstaniu (art. 148. ust. 2)¹⁶.

Statut wspólnoty autonomicznej stanowi, zgodnie z art. 147, podstawowy akt ustrojowy jednostki autonomicznej. Państwo hiszpańskie zapewnia Statutowi ochronę jako integralnej części porządku prawnego. Jest to *de facto* „umowa państwa z daną wspólnotą, która szczegółowo określa zakres uprawnień tej wspólnoty”¹⁷. Statuty autonomiczne winny zawierać określenie:

1. Nazwy wspólnoty autonomicznej, która powinna najlepiej odpowiadać jej historycznej tożsamości.
2. Terytorium wspólnoty.

¹² R. Agranoff, G. Ramos, *Toward federal democracy in Spain: an examination of intergovernmental relations*, Publius 1/1997, s. 109.

¹³ R. Agranoff, G. Ramos, *op.cit.*, s. 110.

¹⁴ T. Mołdawa, *System konstytucyjny Hiszpanii*, Warszawa 2012, s. 139.

¹⁵ *Ibidem*, s. 141.

¹⁶ *Constitución Española 1978*, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>, 26.04.2018. Tłumaczenie na język polski: http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2015/10/Hiszpania_pol_300612.pdf [wszystkie przepisy w tłumaczeniu Tadeusza Mołdawy], 26.04.2018.

¹⁷ T. Mołdawa, *op.cit.*, s. 142.

3. Nazwy, organizacji i siedzibę własnych instytucji autonomicznych.
4. Przejętych kompetencji w ustalonych przez Konstytucję ramach oraz zasady przejęcia odpowiednich służb na rzecz wspólnoty.

Sama struktura władz autonomicznych została poddana niejako „standaryzacji” na podstawie art. 152. Wymaga on, aby statut zawierał określenie zgromadzenia ustawodawczego (*asamblea legislativa*), rady rządowej jako organu o charakterze wykonawczym, także przewodniczącego (*presidente*) wybieranego przez zgromadzenie ustawodawcze i powoływanego przez Króla¹⁸. W przypadku Katalonii zgromadzeniem jest Parlament (*Parlament de Catalunya*), w którym zasiada 135 parlamentarzystów (*diputats*) wybieranych w wyborach proporcjonalnych co 4 lata¹⁹. Funkcję rady rządowej pełni Rząd (*govern*), podzielony na departamenty zarządzane przez *consellers*. Przewodniczącym jest *Presidente*, będący najwyższym przedstawicielem *generalitat Catalana*, ale także najwyższym przedstawicielem Królestwa Hiszpanii w Katalonii. Warty podkreślenia jest fakt, że każda z pozostałych 16 wspólnot autonomicznych ma bardzo zbliżony ustrój władz regionalnych do omawianego powyżej. Różnice są szczególnie widoczne w kompetencjach oddanych w statutach na rzecz poszczególnych wspólnot.

Nad działalnością organów *generalitat* sprawuje kontrolę hiszpański sąd konstytucyjny (hiszp. *tribunal constitucional*) w zakresie konstytucyjności aktów normatywnych wydawanych z mocą ustawy²⁰. Rząd centralny w Madrycie poddaje kontroli wykonywanie funkcji delegowanych w statucie. Kortezy Generalne mogą także kontrolować wykonywanie funkcji państwowych delegowanych *generalitat* za pomocą ustawy ramowej (hiszp. *ley Marco*). Sposób takiej kontroli jest ustalany każdorazowo w wspomnianej uprzednio ustawie, jednak nigdy nie może ingerować w autonomię oraz musi spełniać kryterium proporcjonalności. Trybunał Obrachunkowy zaś sprawuje kontrolę w zakresie działalności ekonomicznej wspólnoty²¹.

Osobnym elementem kontroli i swoistą emanacją zwierzchnictwa rządu centralnego nad wspólnotą autonomiczną Katalonii jest art. 155 Konstytucji, który stanowi w ust. 1:

Jeżeli wspólnota autonomiczna nie wykonuje obowiązków, które Konstytucja i inne ustawy na nią nałożyły, albo działa w sposób istotnie naruszający interes powszechny Hiszpanii, Rząd, po uprzednim bezskutecznym upomnieniu Przewodniczącego wspólnoty autonomicznej i za aprobatą absolutnej większości Senatu, może przedsięwziąć środki konieczne dla zobowiązania wspólnoty do przymusowego wypełnienia tych obowiązków lub dla ochrony wspomnianego interesu powszechnego²².

¹⁸ R. Agranoff, G. Ramos, *op. cit.*, s. 111.

¹⁹ W ostatnich wyborach, przeprowadzonych 27 września 2015 roku, zwycięstwo odniosło ugrupowanie Junts Pel Si opowiadające się za odłączeniem Katalonii od Królestwa Hiszpanii. Oficjalne wyniki wyborów dostępne na stronie http://www.gencat.cat/governacio/resultatsparlament2015/resu/09AU/DAU09089CI_L1.htm, 26.04.2018.

²⁰ R. Agranoff, G. Ramos, *op. cit.*, s. 112.

²¹ T. Mołdawa, *op. cit.*, s. 143.

²² *Constitución Española*, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>, 26.04.2018. Tłumaczenie na język polski: http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2015/10/Hiszpania_pol_300612.pdf [wszystkie przepisy w tłumaczeniu Tadeusza Mołdawy], 26.04.2018.

Obecność tej regulacji w Konstytucji ma zapewnić poszanowanie statutu oraz Konstytucji, oraz ochronę prawa podstawowych obywateli przed nielegalnymi działaniami władz autonomicznych. W europejskim porządku prawnym nie stanowi to rozwiązania wyjątkowego. Porównywalne normy znajdują się w ustawach zasadniczych: Niemiec (art. 37 Ustawy Zasadniczej RFN, niem. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), Włoch (art. 126 Konstytucji Republiki Włoskiej) i Austrii (art. 100 *Bundes-Verfassungsgesetz*). W doktrynie przyjmuje się, że wspomniany artykuł można zastosować nie tylko w przypadku dążeń secesyjnych, ale także w przypadku ciągłego niestosowania się do orzecznictwa lub zaleceń hiszpańskiego Sądu Konstytucyjnego (*Tribunal Constitucional*)²³. Do skutecznego skorzystania przez rząd z procedury przewidzianej przez art. 155 wymagana jest zgoda izby wyższej Korteżów Generalnych, Senatu (udzielonej absolutną większością) oraz uprzedniego, formalnego upomnienia władz autonomicznych. Konsekwencje wynikające z zastosowania art. 155 są daleko idące:

1. Rząd jest upoważniony do usunięcia Przewodniczącego wraz z Vice-Przewodniczącym i wszystkimi regionalnymi ministrami, upoważniony zostaje także do mianowania przejściowych władz wspólnoty autonomicznej, które mają zapewnić realizację wyżej wymienionych celów.
2. Parlament kontynuuje swoją pracę, jednak jego przewodniczący nie może zgłosić nowego kandydata do objęcia stanowiska *Presidente* oraz tym bardziej zarządzić głosowania nad jego wyborem; całość czynności parlamentarnych jest poddawana kontroli rządu centralnego.
3. Wszystkie wspomniane ograniczenia obowiązują także nowo wybrane władze regionalne do momentu zniesienia ich przez rząd centralny po uprzednim poinformowaniu Senatu²⁴.

Podsumowując, poza wymaganiami z art. 152 każdy statut wspólnoty autonomicznej (a zatem zakres uprawnień autonomii) w Królestwie Hiszpanii różni się od siebie. Statut Katalonii, o czym poniżej, nadaje względnie szerokie uprawnienia regionalnym władzom, jednak owe uprawnienia podlegają istotnym ograniczeniom wynikającym z mechanizmów zawartych w Konstytucji z 1978 r.

4. Statut Katalonii

Statuty są zatwierdzane przez parlament na wspólny wniosek kilku wspólnot autonomicznych lub pojedynczej wspólnoty²⁵. Jest to decyzja przede wszystkim o charakterze politycznym. W 2005 roku parlament kataloński zaaprobował nową wersję Statutu, która została w marcu następnego roku potwierdzona zgodą Korteżów. Dodatkowo treść Statutu została zweryfikowana w drodze referendum, którego pozytywny wynik ostatecznie przypieczętował jego zmianę. W roku 2006 rządząca Hiszpańska

²³ T. Mołdawa, *op.cit.*, s. 143.

²⁴ Biuletyn [hiszpańskiego] Ministerstwa Spraw Zagranicznych i Współpracy, <http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/HELSINKI/EN/Noticias/Documents/The%20application%20of%20Article%20155%20of%20the%20Spanish%20Constitution.pdf>, 26.04.2018.

²⁵ R. Agranoff, G. Ramos, *op.cit.*, s. 109.

Socjalistyczna Partia Robotnicza (hiszp. *Partido Nacional Obrero Espanol*) premiera Jose Luisa Zapatero sprzyjała postępowej autonomizacji kraju, dlatego nowy Statut na niespotykaną jak dotychczas skalę uwzględniał postulaty regionalistów. Świadczy o tym chociażby fakt, że przedmiotem negocjacji z rządem centralnym było całkowite pozbycie się języka kastylijskiego z programu nauczania w szkołach (na rzecz języka katalońskiego). Ostatecznie jednak język kastylijski został utrzymany jako język obowiązkowy, ale upoważniono *generalitat* do zwiększenia ilości godzin lekcyjnych języka katalońskiego w szkołach²⁶. Ponadto Statut w preambule odwoływał się do narodu katalońskiego, potwierdzając jego kulturową i polityczną odrębność. Budziło to niezwykle dużo kontrowersji, ponieważ jeszcze nigdy wcześniej władze w Madrycie nie zgodziły się na nazywanie ludności katalońskiej narodem w Statucie. Wedle literalnej interpretacji Konstytucji narodem jest tylko naród hiszpański²⁷. Nadano także w art. 122 Statutu katalońskiej *generalitat* wyłączną kompetencję do przeprowadzania referendum oraz konsultacji społecznych²⁸. Obok szerokich kompetencji w zakresie edukacji (całość edukacji publicznej, wyłączając szkoły wyższe, podlega organizacji przez *generalitat*) czy polityki turystycznej ostatecznie wynegocjowano także, że połowa kwoty podatku od towarów i usług oraz połowa kwoty podatku dochodowego będzie zwracana do budżetu Katalonii. Był to ukłon w stronę regionalistów, którzy od lat 80. twierdzą, że Katalonia (jako bogaty region) w zbyt dużym stopniu partycypuje w hiszpańskim budżecie regionalnym²⁹. Dodatkowo Katalonii przyznano „głos decyzyjny” w przygotowywaniu strategii Hiszpanii na posiedzenie Rady Unii Europejskiej. Kompetencja ta polega na możliwości zablokowania inicjatywy, która mogłaby naruszać kompetencje *generalitat* (art. 186 Statutu). Wspólnota może także delegować własną (czyli oddzielną od krajowej) delegację na posiedzenia organów unijnych, które swoją działalnością mogą mieć wpływ na status prawny Katalonii (art. 187 Statutu).

Ostatecznie ponad połowa artykułów z 223 uchwalonych została zaskarżona jako niekonstytucyjna przez opozycyjną wówczas Partię Ludową (*Partido Popular*) obecnie premiera Hiszpanii Mariano Rajoya³⁰. Po czterech latach procedowania Trybunał Konstytucyjny wydał wyrok, na mocy którego uchylił 14 artykułów Statutu i dokonał reinterpretacji, sprzecznej z intencją ustawodawcy, dalszych 27. Trybunał przede wszystkim stwierdził niekonstytucyjność zapisu o „narodzie katalońskim” zawartym w preambule z powodu jego niezgodności z wyżej wymienionym art. 2 Konstytucji Hiszpanii (dotyczącym narodu hiszpańskiego) i przez co „nieposiadającego mocy prawnej” oraz nakazał reinterpretację art. 122 Statutu (regulującego kwestię referendum). W orzeczeniu wskazane zostało, że wyłączna kompetencja do przeprowadzania referendum np. dotyczącego secesji byłaby z sprzeczna z art. 149 pkt 32 Konstytucji Hiszpanii

²⁶ R. Szul, *op.cit.*, s. 27.

²⁷ *A nationality, not a nation*, The Economist, 22.11.2017, <http://www.economist.com/node/16490065>, 22.11.2017.

²⁸ *Estatut d'Autonomia de Catalunya* [Statut Katalonii], <https://www.parlament.cat/document/catalog/150259.pdf>, 26.04.2018.

²⁹ R. Szul, *op.cit.*, s. 27.

³⁰ Ł. Kalinowski, *Prawne aspekty secesji Katalonii*, Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2016/3, s. 185.

(ustanawiającego upoważnienie do zarządzania konsultacji ludowych w drodze referendum), zatem nie jest ona kompetencją wyłączną *generalitat*³¹. Trybunał przedstawił także minimalistyczną definicję idei samostanowienia w stosunku do tej wyrażonej w Statucie i zaaprobowanej przez Katalończyków w referendum. Dla większości partii politycznych w Katalonii stanowisko Trybunału było ostatecznym końcem „projektu autonomii” w ramach Królestwa Hiszpanii³².

Biorąc pod uwagę liczbę kompetencji przydzielonych (na mocy art. 148 Konstytucji Hiszpanii) Katalonii w Statucie można stwierdzić, że przypomina ona część państwa federalnego w unitarnej Hiszpanii. Porównawczo można stwierdzić, że jeżeli chodzi o liczbę kompetencji jeszcze dalej idący jest w swoich postanowieniach Statut Kraju Basków, jednak te przywileje były nadawane stopniowo jeszcze za czasów dyktatury Francisco Franco. W przypadku Katalonii uchwalenie Statutu 2006 przypomina zmianę wręcz rewolucyjną.

5. Jednostronna deklaracja niepodległości w świetle orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 17 października 2017 roku

Dnia 6 września 2017 roku parlament kataloński uchwalił ustawę zatwierdzającą referendum dotyczące niepodległości Katalonii (*el referéndum de autodeterminación*), którego data została ustalona na 1 października. W ustawie parlament powołał się na wspomniany wyżej art. 122 Statutu, rzekomo dający kompetencje do przeprowadzenia referendum dotyczącego niepodległości. Parlament wskazał, że pozytywny wynik będzie podstawą do unilateralnego ogłoszenia niepodległości³³.

Wyniki referendalne jednoznacznie pokazują, że większość głosujących opowiedziała się za odłączeniem Katalonii od Hiszpanii³⁴. Jednak Trybunał Konstytucyjny, korzystając z prawa do kontroli aktów normatywnych uchwalanych przez wspólnoty autonomiczne, zakwestionował zarówno ważność samego referendum, jak i prawo do jednostronnej deklaracji niepodległości wynikającej z prawa samostanowienia narodów. Swoim orzeczeniem Trybunał uchylił ustawę zatwierdzającą referendum (*Ley 19/2017*) i orzekł o nieważności samego referendum. Dodatkowo Trybunał stwierdził, że podobne instytucje demokracji bezpośredniej mogą dotyczyć tylko całości terytorium, a nie jego części. Za podstawę posłużył przytaczany już art. 2 Konstytucji Hiszpanii, szczególnie jego część mówiąca o nierozzerwalności Królestwa. Sędziowie podkreślili, że ustawa zasadnicza nie zna instytucji jednostronnej secesji. Co za tym idzie, ogłoszenie niepodległości przez Katalonię byłoby *de facto* nieformalną próbą zmiany Konstytucji.

³¹ Tribunal Constitucional sentencia 31/2010 de 28 de junio de 2010, pkt. 54 s. 16 [Wyrok Trybunału Konstytucyjnego], <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/6670>, 26.04.2018.

³² J.J. Lluh, *Constitutionalism and the Politics of Accommodation in Multinational Democracies*, Londyn 2014, s. 140.

³³ Ley 19/2017 de 6 de septiembre, http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/604479-1-19-2017-de-6-sep-ca-cataluna-referendum-de-autodeterminacion.html, 26.04.2018.

³⁴ Choć pamiętać należy, że przeciwnicy niepodległości Katalonii w większości, zbojkotowali referendum. Zob. *Catalonia's bid for independence from Spain explained*, <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-29478415>.

Ponadto, wedle Trybunału, rezolucje Organizacji Narodów Zjednoczonych odnoszące się do samostanowienia narodów ograniczają je jednoznacznie do „narodów poddanych obcemu ujarzmieniu, dominacji lub wyzyskowi na przykład kolonii lub mniejszości narodowej szykanowanej w obrębie danego państwa” więc „wszelkie próby zmierzające do całkowitego lub częściowego naruszenia jedności narodowej i integralności terytorialnej kraju są niezgodne z celami i zasadami Karty Narodów Zjednoczonych”³⁵. Co za tym idzie, regulacje konstytucyjne nie stoją w sprzeczności z prawem międzynarodowym.

6. Legalność ogłoszenia niepodległości Katalonii z perspektywy prawa międzynarodowego – refleksja nad zasadą samostanowienia narodów i separatyzmem

Niniejszy fragment artykułu rozważa, czy lokalny rząd kataloński ogłaszając niepodległość naruszyłby międzynarodowy porządek prawny. Na początku ustalone zostanie, że dążenie do niepodległości Katalonii nie znajduje oparcia w zasadzie samostanowienia narodów. Jednak nie determinuje to legalności działań władz w Barcelonie, gdyż brak jest normy prawnej zabraniającej separatyzmu.

6.1. Kształtowanie się zasady samostanowienia narodów

Do zasady samostanowienia narodów odwoływano się szeroko po zakończeniu I wojny światowej, jednak miała ona wtedy jedynie charakter postulatu politycznego³⁶ i nie znalazła uznania jako zasada prawna, o czym świadczy jej nieuwzględnienie w traktatach pokojowych kończących konflikt, jak również nieinkorporowanie jej do Paktu Ligi Narodów³⁷. Nie ulega jednak wątpliwości, że postulaty prezydenta W. Wilsona przyczyniły się do upowszechnienia tej koncepcji w świadomości społeczeństwa międzynarodowego, wytyczając drogę do nadania jej normatywnego charakteru³⁸.

Do zasady samostanowienia ponownie odwołano się po II wojnie światowej, inkorporując ją do art. 1(2) Karty Narodów Zjednoczonych, który określał cele organizacji mającej stać się gwarantem pokoju i przyjaznej współpracy między narodami³⁹. Jednak

³⁵ Tribunal Constitucional, sentencia 114/207 de 17 de octubre de 2017 pkt. 2, lit. b), s. 20 [Wyrok Trybunału Konstytucyjnego], <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25470>, 30.04.2018.

³⁶ J. Tyrankowski, *Integralność terytorialna, nienaruszalność granic i samostanowienie w prawie międzynarodowym*, Warszawa-Poznań 1990, s. 187 („Zasada samostanowienia odegrała po pierwszej wojnie światowej niewątpliwie ogromną rolę jako jedna z podstaw kształtowania politycznego porządku międzynarodowego. Rolę tę odegrała jednak jako zasada polityczna, a nie jako zasada prawna”).

³⁷ M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge 2014, s. 183; J. Summers, *The Idea of the People. The Right of Self Determination, Nationalism and the Legitimacy of International Law*, Helsinki 2004, s. 109–110.

³⁸ A. Cassese, *Self...*, s. 11–37.

³⁹ Karta Narodów Zjednoczonych (Dz.U. z 1947, Nr 23, poz. 90), art. 1: „Narody Zjednoczone dążą do następujących celów: (...) Do rozwoju przyjaznych stosunków pomiędzy narodami, opartych na poszanowaniu zasady równouprawnienia i stanowienia narodów o sobie, oraz do podjęcia innych stosownych środków dla utrwalenia pokoju powszechnego”.

wbrew głosom pojawiającym się w doktrynie polskiej oraz wcześniej w radzieckiej⁴⁰, uwzględnienie zasady w Karcie nie przesądziło o wejściu jej w skład międzynarodowego systemu prawnego. Świadczy o tym między innymi nienormatywny charakter art. 1 Karty⁴¹ oraz ówczesny zdecydowany sprzeciw stron konwencji, aby rozumieć zasadę samostanowienia jako legitymującą dążenia niepodległościowe⁴². Bez wątpienia postanowienia Karty miały znaczenie dla tworzenia międzynarodowego prawa zwyczajowego, które kształtuje się poprzez praktykę podmiotów prawa międzynarodowego, której towarzyszy *opinio iuris*⁴³. Poza odwołaniem się wprost do zasady, Karta regulowała w rozdziałach XI i XII postępowanie w sprawie obszarów nierządzących się samodzielnie oraz tworzyła międzynarodowy system powiernictwa, który wpłynął na kształtowanie się treści zasady samostanowienia⁴⁴.

Decydujące znaczenie dla tworzenia się normatywnego konceptu samostanowienia narodów miał okres dekolonizacji. Ogłaszanie niepodległości przez kolejne narody kolonialne (przykład praktyki potrzebnej dla ukształtowania się normy prawa zwyczajowego) i towarzyszące temu przekonanie o legalności tych aktów oraz przysługującej legitymizacji do żądania niezależności (*opinio iuris*) ukształtowało zasadę samostanowienia narodów w międzynarodowym porządku prawnym⁴⁵. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości uznał ją w sprawie dotyczącej Zachodniej Sahary za podstawową zasadę rządzącą procesem dekolonizacji⁴⁶. O istnieniu prawa do samostanowienia, poza praktyką państw w okresie dekolonizacji, świadczą liczne rezolucje Zgromadzenia Ogólnego ONZ, które mimo że stanowią *soft law*, dowodzą istnienia *opinio iuris*⁴⁷. Zgromadzenie Ogólne ONZ 14 grudnia 1960 roku w rezolucji 1514(XV) stwierdziło: „Wszystkie narody posiadają prawo do samostanowienia. Zgodnie z tym prawem mają one prawo determinować swój status polityczny oraz bez ograniczeń dążyć do rozwoju gospodarczego, społecznego i kulturowego”⁴⁸. Do omawianej zasady odwołano się również w Deklaracji Zasad Prawa Międzynarodowego Dotyczącej Przyjaznych Stosunków i Współdziałania Państw Zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczony przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w 1970 roku. Kolejnym etapem rozwoju zasady

⁴⁰ J. Tyrankowski, *op.cit.*, s. 191; L. Antonowicz, *Podręcznik prawa międzynarodowego*, Warszawa 2015, s. 44.

⁴¹ M.N. Shaw, *op.cit.*, s. 183–184; zob. również *South West Africa Judgment of 18 July 1966*, ICJ Reports 1966, Dissenting Opinion Of Judge Tanaka, s. 289 („Charter expressly imposes on member States any legal obligation with respect to the fundamental human rights and freedoms”).

⁴² J. Summers, *op.cit.*, s. 124; R. Higgins, *Themes and Theories*, Oxford 2009, s. 828–829.

⁴³ Więcej o kształtowaniu się międzynarodowego prawa zwyczajowego w: M. Perkowski, *Samostanowienie narodów w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2001, s. 32–37; M.N. Shaw, *op.cit.*, s. 51–63; W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2015, s. 93–102.

⁴⁴ M.N. Shaw, *op.cit.*, s. 184.

⁴⁵ M. Perkowski, *op.cit.*, s. 36 („Dekolonizacja z lat sześćdziesiątych i siedemdziesiątych była na tyle jednolitą i zgodną praktyką, że istnienie normy prawa zwyczajowego uprawniającej «narody kolonialne» do samostanowienia nie powinno budzić dziś wątpliwości”).

⁴⁶ *The Western Sahara Case*, ICJ Reports, 1975, s. 31–33.

⁴⁷ M.N. Shaw, *op.cit.*, s. 184–185.

⁴⁸ 1514(XV) Deklaracja w sprawie przyznania niepodległości krajom i narodom kolonialnym, <http://www.un.org/en/decolonization/declaration.shtml>, 29.11.2017 [tłumaczenie własne].

samostanowienia było zawarcie jej w instrumentach dotyczących ochrony praw człowieka, między innymi w Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych oraz w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych. Przywołane konwencje ustanawiają zasadę samostanowienia jako jedno z podstawowych praw człowieka. Została ona również inkorporowana do konwencji regionalnych, w tym do Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów zgodnie, z którą: „[ludy] Mają niezaprzeczalne i niezbywalne prawo do samostanowienia”⁴⁹. Odwołania się do zasady w licznych dokumentach dotyczących ochrony praw człowieka daje podstawy do uznania jej za podstawowe prawo człowieka, o czym będzie mowa w następnych fragmentach niniejszego artykułu.

6.2. Charakter prawny zasady samostanowienia narodów

Zasada samostanowienia narodów jest zwyczajową normą prawa międzynarodowego publicznego⁵⁰ o charakterze zasady prawnej, rozumiana zgodnie z klasycznym podziałem zaproponowanym przez R. Dworkina⁵¹. Jak stwierdza T.G. Studnicki w odwołaniu do myśli Alexego: „Zasady są (...) normami optymalizacyjnymi, tj. normami nakazującymi realizację pewnego stanu rzeczy w możliwie najwyższym stopniu z uwagi na prawne i faktyczne możliwości”⁵². W związku z powyższym, w procesie stosowania prawa zasada będzie ulegać swoistemu ważeniu z innymi zasadami, a w szczególności z zasadą integralności państw.

Zasada samostanowienia narodów obecnie uznawana jest za jedno z podstawowych praw człowieka⁵³. Jest to zbiorowe prawo człowieka, które przysługuje narodom i ludom (ang. *peoples*). Może być realizowane poprzez wspólnotę, a nie jednostkę⁵⁴. Należy jednak zwrócić uwagę, że nie jest to pogląd niekontrowersyjny. Tak zwane grupowe prawa człowieka są dość nowym konceptem odchodzącym od indywidualistycznej tradycji europejskiej. Są one odpowiedzią na potrzeby narodów wywodzących się spoza tradycji zachodniej, w których jednostki funkcjonują przede wszystkim jako członkowie wspólnoty.

Zasada samostanowienia narodów ma zastosowanie poza kontekstem kolonialnym, w którym powstała⁵⁵. Świadczy o tym między innym fakt, że akty prawa inkorporujące

⁴⁹ M. Zubik, *Księga Jubileuszowa Rzecznika Praw Obywatelskich Tom. II, Wybór dokumentów prawa międzynarodowego dotyczący praw człowieka*, Warszawa 2008, s. 126.

⁵⁰ Jak wspomniano w poprzednim podrozdziale, ma ona także podstawy traktatowe, jednak jej istotne znaczenie wynika z nadania jej statusu normy zwyczajowej. W odróżnieniu od norm traktatowych, jest ona uniwersalnie stosowana i obowiązuje wszystkie państwa. Więcej o traktatowym charakterze prawa do samostanowienia narodów zob. A. Cassese, *Self...*, s. 376.

⁵¹ T.G. Studnicki, *Zasady i Reguły Prawne*, PiP 3/1988, s. 16–26.

⁵² *Ibidem*, s. 18.

⁵³ Reference Re Secession of Quebec [1998] 2 S.C.R., par. 113–122; M.N. Shaw, *op.cit.*, s. 210–212; R. Higgins, *op.cit.*, s. 830–831; M. Perkowski, *op.cit.*, s. 126–133.

⁵⁴ M.N. Shaw, *op.cit.*, s. 212; M. Perkowski, *op.cit.*, s. 128–130 („Praktyka międzynarodowa ukształtowała Samostanowienie widziane jako prawo zbiorowości wiąże się ściśle z prawami jednostek, i odwrotnie – poszanowanie jednostkowych praw człowieka zakłada uznanie prawa zbiorowości do samostanowienia”).

⁵⁵ C. Warbrick [w:] M.D. Evans, *International Law*, Nowy Jork 2003, s. 214–217; M.N. Shaw, *op.cit.*, s. 210–212; R. Higgins, *op.cit.*, s. 830–831; A. Pellet, *Kosovo – The Question Not Asked. Self-Determination*,

tę zasadę jako prawo człowieka nie ograniczają jej jedynie do kontekstu kolonialnego, lecz nadają jej charakter uniwersalny. Jest to dowód na *opino iuris* w danej kwestii. Istotne jest jednak by zauważyć, że prawo do samostanowienia ma oblicze zewnętrzne i wewnętrzne. Jak podkreślił Kanadyjski Sąd Najwyższy w opinii dotyczącej legalności jednostronnego ogłoszenia niepodległości przez prowincję Quebec, samostanowienie powinno być realizowane przede wszystkim wewnątrz krajowego porządku prawnego, poprzez umożliwienie narodom i ludom swobodnego rozwoju gospodarczego, społecznego i kulturalnego⁵⁶. Jak podkreślił Kanadyjski Sąd Najwyższy, omawiane prawo jest realizowane przykładowo, gdy rząd centralny reprezentuje wszystkie narodowości zamieszkujące dane państwo, a żadna z nich nie jest w tym procesie dyskryminowana⁵⁷. Co za tym idzie, prawo do samostanowienia daje grupom narodowościowym prawo do żądania partycypacji w systemie sprawowania władzy i może być podstawą żądania autonomii w legalnie zainicjowanym procesie zmiany ustroju. Wszystkie wspomniane działania muszą odbywać się zgodnie z prawem wewnętrznym i nie mogą dążyć do demontażu integralności państw.

Wraz z rozwojem prawa międzynarodowego zasada samostanowienia narodów w aspekcie wewnętrznym może stać się uniwersalną podstawą żądania demokratyzacji ustrojów, ale również, w ramach prawa do determinowania własnego statusu ekonomicznego, równego dostępu do surowców naturalnych i szeroko pojętego bogactwa narodowego⁵⁸.

Jak już jednak wspomniano, prawo międzynarodowe uznaje również zewnętrzne prawo do samostanowienia, często identyfikowane z prawem do separatyzmu. Wyjątkowe warunki, w jakich zasada samostanowienia legitymizuje żądania niepodległościowe, analizuje następny fragment artykułu.

6.3. Zasada samostanowienia narodów a secesja

Jak zauważył już H. Lauterpacht, „Nie jest to zasada [samostanowienie narodów], która może być równomiernie stosowana w oderwaniu od warunków ekonomicznych, geograficznych i historycznych. Chyba, że chciałoby się doprowadzić do atomizacji międzynarodowego ładu prowadząc do anarchii”⁵⁹. Zasada samostanowienia narodów w aspekcie zewnętrznym, rozumiana jako prawo legitymizujące żądania niepodległościowe, nie jest uprawnieniem przysługującym w każdej sytuacji faktycznej. W przeciwnym razie, jak podkreśla H. Lauterpacht, skutkowałaby destabilizacją stosunków międzynarodowych.

Secession, and Recognition [w:] M. Milanović, M. Wood, *The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion*, Oxford 2015, s. 271; Legal Consequences Of The Construction Of A Wall In The Occupied Palestinian Territory, Separate Opinions of Judge Higgins, ICJ Reports 2004, s. 214.

⁵⁶ Reference Re Secession of Quebec [1998] 2 S.C.R., par. 122 i 126–127.

⁵⁷ Reference Re Secession of Quebec [1998] 2 S.C.R., par. 130; zob. również: Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Fifty-first Session Supplement No. 18 (A/51/18), New York 1996, Annex 8.

⁵⁸ A.A. Yusuf, *The Role That Equal Rights and Self-Determination of Peoples can Play in the Current World Community* [w:] A. Cassese, *Realizing Utopia. The Future of international Law*, Oxford 2012, s. 375–391.

⁵⁹ H. Lauterpacht, *An International Bill of the Rights of Man*, Oxford 2013, s. 144–145 [tłumaczenie własne].

Szczególnie należy to podkreślić w kontekście niebezpiecznego zjawiska, które określa się w doktrynie zagranicznej jako „postmodern neo-tribalism”. Chodzi tendencję do roszczeń niepodległościowych w ramach wielokulturowych i wieloetnicznych państw, których celem jest stworzenie jednolitych społeczeństw⁶⁰. By ograniczyć wspomniane zjawisko, prawo do samostanowienia zawężone jest do sytuacji, w których naruszane są podstawowe zasady, na których opiera się system prawa międzynarodowego. Nie budzi obecnie w doktrynie jak i w orzecznictwie wątpliwości, że prawo do ustanowienia niepodległego państwa przysługuje narodom kolonialnym oraz okupowanym⁶¹. Kontrowersje pojawiają się jednak przy kwestii, czy istnieje prawo do secesji, w doktrynie międzynarodowej określane jako „remedial secession”, jeśli odmawiane jest narodowi, w ramach istniejącej organizacji państwowej, prawo do samostanowienia wewnętrznego⁶². Negatywne rozstrzygnięcie zasygnalizowanego doktrynalnego sporu świadczyłoby o daleko idącej niespójności aksjologicznej systemu prawnego. Schizofreniczna wydawałaby się sytuacja, kiedy to prawo do secesji przyznawane byłoby jednym narodom, których podstawowe prawa człowieka są naruszane (narodom kolonialnym i okupowanym), a odmawiane innym, doświadczającym porównywalnych okrucieństw.

Alain Pellet wskazuje, że powodem przyznania narodom kolonialnym prawa do samostanowienia zewnętrznego było przeświadczenie, wyraźnie wybrzmiewające z Rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ 1514(XV), iż uniemożliwienie nieskrępowanego i autonomicznego kształtowania własnego bytu przez narody jest naruszeniem podstawowych praw człowieka. Co za tym idzie, skoro kolonializm stanowi naruszenie fundamentalnych praw, należy umożliwić ludom go doświadczającym uzyskanie niepodległości⁶³. Jak stwierdza dalej Pellet: „Mutatis Mutandis wspomniane rozumowanie może być przeniesione w kontekście ludów niekolonialnych, których istnienie i tożsamość jest negowana przez państwo w ramach, którego funkcjonują”⁶⁴. W związku z tym „remedial secession” przynależy każdemu narodowi, któremu uniemożliwia się realizację prawa do wewnętrznego samostanowienia.

Inny argument prezentowany w doktrynie na poparcie powyższego stanowiska odwołuje się do Deklaracji Zasad Prawa Międzynarodowego Dotyczącej Przyjaznych Stosunków i Współdziałania Państw Zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych, w której sekcji poświęconej prawu ludów do samostanowienia stwierdzono, że przywołana zasada nie może być podstawą do dezintegracji państw szanujących zasadę samostanowienia i których rząd reprezentuje ogół społeczeństwa w sposób niedyskryminujący żadnej narodowości.

⁶⁰ R. Higgins, *op.cit.*, s. 828.

⁶¹ Reference Re Secession of Quebec [1998] 2 S.C.R., par. 131–139; The Western Sahara Case, ICJ Reports, 1975, s. 54–60 [Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości uznał samostanowienie narodów jako zasadę kształtującą proces dekolonizacji], Legal Consequences Of The Construction Of A Wall In The Occupied Palestinian Territory, ICJ Reports 2004, s. 88 [Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości bez pogłębionej analizy uznał, że prawo do samostanowienia przysługuje Palestyńczykom, czyli narodowi okupowanemu]; C. Warbrick, *op.cit.*, s. 214–217; M.N. Shaw, *op.cit.*, s. 210–212.

⁶² E. Rodriguez-Santiago, *The Evolution of Self-Determination of Peoples in International Law* [w:] F.R. Teson, *The Theory of Self-Determination*, Cambridge 2016, s. 236–237.

⁶³ A. Pellet, *op.cit.*, s. 272.

⁶⁴ *Ibidem* [tłumaczenie własne].

A contrario interpretuje się, że brak poszanowania wymienionych zasad skutkuje powstaniem prawa do secesji⁶⁵. Kanadyjski Sąd Najwyższy w opinii dotyczącej legalności jednostronnego ogłoszenia niepodległości przez prowincję Quebec wydawał się przyjmować przytoczony pogląd, zgodnie z którym istnieje prawo do „remedial secession”⁶⁶.

Za precedens świadczący o przyjęciu powyższych twierdzeń może być uznanie prawa Kosowa do ogłoszenia niepodległości. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w opinii doradczej dotyczącej legalności ogłoszenia niepodległości przez Kosowo nie odpowiedział na pytanie dotyczące omawianej kwestii, lecz problem prawa do samostanowienia był poruszany w licznych stanowiskach w sprawie składanych przez państwa trzecie. Wiele państw opowiadało się za przyjęciem tezy o istnieniu prawa do „remedial secession” podkreślając, że może one przysługiwać w sytuacji, gdy łamane są podstawowe prawa człowieka⁶⁷. W tym kontekście secesja była często rozumiana jako działanie, które ma być środkiem zapobiegania ludobójstwu, apartheidowi lub innym zbrodniom przeciwko ludzkości⁶⁸.

Istnienie jednak prawa do secesji budzi kontrowersje w nauce prawa międzynarodowego⁶⁹. Przeciwnicy tej koncepcji podkreślają, że przede wszystkim brak jest jednolitej praktyki państw. Co więcej, brak jest również uniwersalnej akceptacji istnienia prawa do „remedial secession”. Fakt, że legalność dążeń niepodległościowych jest kontestowana poprzez wskazanie, że brak jest dla nich uzasadnienia w prawie międzynarodowym, w szczególności w związku zasadą integralności, może świadczyć o braku konsensu potrzebnego do ukształtowania się normy prawa zwyczajowego⁷⁰.

⁶⁵ A.A. Yusuf, *op.cit.*, s. 380–383.

⁶⁶ Reference Re Secession of Quebec [1998] 2 S.C.R., par. 131–139.

⁶⁷ Written statement of the Swiss Confederation, 17 April 2009, par. 57–80; Written statement of The Republic of Poland, 17 April 2009, s. 24–29; Written statement of Finland, 17 April 2009, par. 5–12; Written statement of The Federal Republic of Germany, 17 April 2009, s. 32–37; Written statement of Ireland, 17 April 2009, par. 27–34; Written statement of Republic of Slovenia, 17 April 2009, s. 2–3; Written statement of the Russian Federation, 17 April 2009, par. 82–88 [Rosja jednak twierdziła, że Kosowo nie sprostало wymagany kryterium by uzyskać prawo do zadania niepodległości]; Written statement of the Republic of Estonia, 17 April 2009, s. 6–11; Written statement of the Republic of Latvia, 17 April 2009; Written statement of the Republic of Albania, 17 April 2009, par. 75–92.

⁶⁸ Zob. więcej argumentów za prawem do secesji oraz jego o zakresie w: M. Sterio, *On the Right to External Self Determination: „Selfistans”, Secession, and the Great Powers’ Rule*, Minnesota Journal Of Int’l Law 1/2010, s. 137–176.

⁶⁹ Zob. opinie przeciwko istnieniu prawa do „remedial secession”: T.M. Franck, R. Higgins, A. Pellet, M.N. Shaw, C. Tomuschat, *The Territorial Integrity of Quebec in the Event of the Attainment of Sovereignty, Report prepared for Québec’s Ministère des relations internationales*, 1992, par. 3.14, https://english.republiquelibre.org/Territorial_integrity_of_Quebec_in_the_event_of_the_attainment_of_sovereignty, 01.05.2018. W wielu publikacjach A. Cassese przywoływany jest jako przeciwnik istnienia prawa do secesji. Autorzy jednak pomijają jego bardziej aktualne prace, w których opowiada się za istnieniem prawa do „remedial secession”. Zdaniem Cassese prawo to przysługuje tylko mniejszościom etnicznym (jest to istotne zawężenie podmiotowe w stosunku do poglądu prezentowanego w niniejszej pracy), którym uniemożliwia się realizacji prawa do samostanowienia (w jego aspekcie wewnętrznym). Zob. A. Cassese, *International Law*, Oxford 2005, s. 61–62.

⁷⁰ Zob. na przykład: Written Statement of France [dotyczące opinii Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Kosowa], 17 kwietnia 2009 r., s. 27.

Powyższe kontrowersje trudno jednoznacznie rozstrzygnąć. Należy jednak przypomnieć pogląd Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, zgodnie z którym istnienie normy prawa zwyczajowego nie jest uzależnione od jej ścisłego przestrzegania przez państwa⁷¹. Poza tym, nawet jeśli uznać, że obecne prawo do secesji (ang. *remedial secession*) jest wciąż jedynie postulatem, to należy pamiętać, że: „obowiązkiem prawników jest wpływać na kształtowanie się nowych norm prawnych, wtedy kiedy normy te są niezbędne do uzupełnienia istniejących [aksjologicznych] luk oraz by stworzyć wiążące wytyczne dla głów państw”⁷².

Podsumowując, prawo do „remedial secession” przynależy wszystkim ludom i narodom, które na pewnym, wyodrębnionym obszarze stanowią większość społeczności⁷³. Jednak jeżeli w ramach organizmu państwowego, w którym funkcjonują, odmawia im się prawa do wewnętrznego samostanowienia lub łamane są ich podstawowe prawa człowieka, przysługuje im prawo do secesji. Powszechnie przyjmuje się, że secesja stanowi w tym wypadku *ultima ratio*, przysługujące jedynie, jeżeli wszystkie inne środki rozwiązania konfliktu zawiodły. Poprzedzona powinna być negocjacjami lub pokojowymi próbami zmiany ustroju w taki sposób, by umożliwić realizację podstawowych praw politycznych danego narodu. W doktrynie formułowany jest również postulat, by prawo do zewnętrznego samostanowienia przysługiwało jedynie organizmom, które zapewnią w ramach tworzącego się państwa poszanowanie praw mniejszości narodowych⁷⁴.

6.4. Prawo do samostanowienia narodów a Katalonia

Regulacje ustrojowe wynikające z hiszpańskiej Konstytucji, jak również przyjętego Statutu Katalońskiego, gwarantują szeroką możliwość realizacji wewnętrznego prawa do samostanowienia. Autonomia w kreowaniu polityki gospodarczej, przede wszystkim w zakresie redystrybucji części środków pochodzących z podatków, umożliwia realny wpływ władzom w Barcelonie na sytuację ekonomiczną regionu. Jednocześnie możliwość nauczania języka katalońskiego w szkołach, poza zagwarantowaniem utrzymania tożsamości narodowej, jest przejawem możliwości kształtowania kultury katalońskiej. Świadczy również o zrozumieniu władz centralnych dla istotności utrzymania odrębności danego regionu. Podkreślić należy, że akty prawne władz w Barcelonie podlegają kontroli Sądu Konstytucyjnego i nie mogą być arbitralnie uchylane.

W świetle przedstawionych rozważań można stwierdzić, że Konstytucja hiszpańska stanowi strukturę, w ramach której mogą rozwijać się poszczególne autonomiczne regiony. Poza tym możliwa jest jej zmiana, zgodnie z wolą większości mieszkańców Półwyspu Iberyjskiego. W procesie tym w żadnej mierze nie są dyskryminowani

⁷¹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), ICJ Reports 1986, par. 186.

⁷² M. Sterio, *Self-Determination and Secession under International Law: The New Framework*, Journal of International & Comparative Law 2/2015, s. 303 [tłumaczenie własne].

⁷³ R. Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the UNO*, Londyn 1963, s. 104.

⁷⁴ A. Buchanan, *Justice, Legitimacy and Self-Determination. Moral Foundations for International Law*, Oxford 2004, s. 334–337.

mieszkańcy Katalonii. Nie są oni również w żaden sposób dyskryminowani w zakresie praw wyborczych i możliwości partycypacji w instytucjach centralnych. Jak wykazano, obecne rozwiązania ustrojowe w pełni zapewniają możliwość realizacji zasady samostanowienia. Hiszpania ponadto zapewnia poszanowanie praw człowieka oraz chroni jednostkę przed nadużyciami władzy. Na ocenę tej kwestii nie mogą mieć wpływu pojedyncze ekscesy związane z nadużyciem siły przez policję w trakcie referendum niepodległościowego w Katalonii. W świetle powyższych rozważań, zdaniem autorów niniejszego artykułu, Katalonii nie przysługuje prawo do „remedial secession”, które legitymowałoby żądania niepodległościowe⁷⁵.

6.5. Legalność jednostronnego ogłoszenia niepodległości przez Katalonię

Pomimo stwierdzenia, że narodowi katalońskiemu nie przysługuje prawo do zewnętrznego samostanowienia, należy odpowiedzieć na pytanie, czy prawo międzynarodowe zakazuje secesji. Przede wszystkim wskazuje się, że zasada integralności terytorialnej normuje relacje pomiędzy państwami, nie zaś pomiędzy państwem a jego obywatelami⁷⁶. Do takiego wniosku można dojść między innymi dokonując wykładni teleologicznej Karty Narodów Zjednoczonych, która poprzez wprowadzenie zasady integralności miała ograniczyć możliwość obcej interwencji⁷⁷. Jak wskazuje A. Pellet, uznanie nowego organizmu państwowego nie jest zależne od zgody państwa, z którego terytorium się wyłoniło. Swoją legitymację opiera na zasadzie efektywności, która wymaga jedynie, by realizowane były przez nowo powstały podmiot funkcje państwa⁷⁸.

Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, odpowiadając na pytanie czy legalne było ogłoszenie niepodległości przez Kosowo, podkreślił, że w okresie po II wojnie światowej wielokrotnie ogłaszana była niepodległość poza zakresem zasady do samostanowienia, lecz praktyka państw nie wskazuje, by czyn ten był niezgodny z prawem międzynarodowym⁷⁹. Ogłoszenie niepodległości tworzy stan faktyczny, który nie jest normowany przez międzynarodowy porządek prawny.

W kontekście wyroku Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości należy podkreślić, że sędziowie dokonali zawężającej interpretacji zadanego im pytania prawnego w celu uniknięcia autorytatywnego wypowiedzenia się w kwestii prawa do samostanowienia. Sąd stwierdził, że rozstrzygnięcie kwestii legalności deklaracji niepodległości nie wymaga ustalenia, czy istnieje pozytywne prawo do jednostronnej secesji. W opinii

⁷⁵ Zob. H. Blanke, Y. Abdelrehim, *Catalonia and the Right to Self-Determination from the Perspective of International Law*, Max Planck Yearbook of United Nations Law Online 1/2015, s. 532–564. Zob. opinię przeciwną: P.R. Williams, N. Levrat, S. Antunes, G. Tusseau, *The Legitimacy of Catalonia's Exercise of Its Right to Decide*, 2017 [Raport komisji międzynarodowych ekspertów]; K. Crameri, *Do Catalans have 'the right to decide'? Secession, legitimacy and democracy in twenty-first century Europe*, Global Discourse 3/2016, s. 423–439.

⁷⁶ Accordance With International Law Of The Unilateral Declaration Of Independence In Respect Of Kosovo Advisory Opinion Of, 22 July 2010, ICJ Reports 2010, par. 80.

⁷⁷ A. Pellet, *op.cit.*, s. 274–275.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 276.

⁷⁹ Accordance With International Law Of The Unilateral Declaration Of Independence In Respect Of Kosovo Advisory Opinion Of 22 July 2010, ICJ Reports 2010, par. 79.

podkreślono, że konkretna czynność może być zgodna z prawem międzynarodowym, mimo braku normy prawnej tworzącej prawo podmiotowe. Omawiana decyzja większości składu orzekającego spotkała się między innymi z krytyką sędziego Yusufa. Wskazał on, że ogłoszenie niepodległości przez Kosowo jest elementem szerszego procesu, u podstaw którego leży domniemana realizacja zasady do samostanowienia narodów. Co za tym idzie, Trybunał stracił szansę do rozstrzygnięcia jednej z najbardziej kontrowersyjnych kwestii w prawie międzynarodowym, nie zważając na konsekwencje faktycznego swojego zaniechania. Jak podkreśla się w piśmiennictwie, brak wyznaczenia granic, w których mogą kształtować się dążenia separatystyczne, może doprowadzić do próby ich legitymizacji w oparciu o omawianą decyzję⁸⁰.

W kontekście powyższych rozważań nie budzi wątpliwości, że akt ogłoszenia niepodległości przez Katalonię nie jest normowany przez prawo międzynarodowe. Brak jest zasady zwyczajowej zakazującej dążeń separatystycznych. Działanie poza zakresem zasady do samostanowienia jest wciąż zgodne z prawem. Władze Katalonii ogłaszając niepodległość nie działałyby niezgodnie międzynarodowym porządkiem prawnym⁸¹.

7. Podsumowanie

W związku z tym, że realizacja prawa do samostanowienia narodów w aspekcie wewnętrznym ma charakter wyjątkowy i przysługuje jedynie w ściśle określonych okolicznościach, żądania niepodległościowe narodu katalońskiego nie znajdują legitymizacji w prawie międzynarodowym. Jednocześnie normy prawa międzynarodowego nie wyznaczają normatywnej struktury dla aktów secesji. Ewentualne ogłoszenie niepodległości przez Katalonię nie byłoby aktem sprzecznym z prawem. Czyni to konflikt dotyczący niepodległości tego regionu przede wszystkim konfliktem o charakterze politycznym. Z jednej strony niniejszy artykuł ukazuje, że Konstytucja hiszpańska, jak i prawo do samostanowienia nie dają podstaw do dążeń separatystycznych. Jednak ogłoszenie niepodległości przez Katalonię mogłoby doprowadzić do obiektywnego ukonstytuowania się nowego państwa. Rozwiązanie tego problemu może polegać jedynie na wypracowaniu kompromisu między stronami sporu. Należy jednocześnie pamiętać przestrożę A.E. Roosvelta, zgodnie z którą „Tak jak bezwarunkowa wolność osobista doprowadziłaby do anarchii tak zasada samostanowienia narodów aplikowana bez ograniczeń doprowadziłaby do chaosu”⁸².

⁸⁰ E. Rodriguez-Santiago, *op.cit.*, s. 231–234; zob. również: C.J. Borgen, *From Kosovo to Catalonia: Separatism and Integration in Europe*, Goettingen Journal of International Law 3/2010, s. 1008–1009 [Między innymi przedstawiciele nieuznanego rządu Abchaskiego twierdzili, że decyzja MTS potwierdza słuszność ich żądań niepodległościowych].

⁸¹ P.R. Williams, N. Levrat, S. Antunes, G. Tusseau, *The Legitimacy of Catalonia's Exercise of Its Right to Decide*, 27 listopada 2017 r., s. 68.

⁸² A.E. Roosevelt, *The Universal Validity of Man's Right to self-determination*, za: A. Cassese, *International...*, s. 63–64.

* * *

Unilateral Secession of Catalonia in the Perspective of the Internal and International Legal System

The structure of today's Catalonia is the result of a long lasting historical process. The Spanish Constitution lays down the rules under which autonomic regions function but also establishes the principle of national and territorial integrity. Based on the principle of integrity the Constitutional Court rendered the Catalanian independence referendum invalid. Independence claims also do not hold ground in relation to international law. Self-determination has internal and external dimension. In principle, it should be pursued in the legal framework of the existing state. The right to external self-determination can be invoked by colonial nations and those under foreign occupation. The international legal system recognizes also the right to remedial secession when basic human rights are denied (among them the right to internal self-determination). Regardless the fact that Catalonia cannot invoke the right to external self-determination, the international legal order does not prohibit secession (even if outside the scope of self-determination).

Key words: Spain, Catalonia, referendum, self-determination, remedial secession, secession

Lidia Sokołowska¹

**La protection des tiers en droit de l'arbitrage.
Quelques réflexions sur l'arbitrabilité
des litiges en droit polonais et comparé**

**Ochrona praw osób trzecich w arbitrażu.
Refleksje na temat zdatności arbitrażowej w prawie polskim i porównawczym**

Streszczenie:

Artykuł rozpatruje wciąż sporny w polskiej doktrynie prawa problem zdatności arbitrażowej w kontekście ochrony praw osób trzecich, na przykładzie sporów o uchylenie uchwał spółek kapitałowych oraz unieważnienia patentów. Wykorzystując metodę prawnoporównawczą, artykuł przedstawia powyższy problem na gruncie różnorodnych europejskich porządków prawnych – polskiego, francuskiego, niemieckiego, belgijskiego i szwajcarskiego. Celem artykułu jest pokazanie możliwych rozwiązań, które mogłyby zastosować polski ustawodawca podczas nowelizacji prawa arbitrażowego, przy założeniu, że problemem arbitrażu w kontekście praw osób trzecich jest nie tyle jego charakter kontraktowy, co poufność procedury.

Słowa kluczowe: zdatność arbitrażowa, ochrona praw osób trzecich w arbitrażu, analiza prawnoporównawcza

¹ L'auteur a terminé des études doctorales à l'Institut d'Etudes européennes de l'Université Jagellonne et est doctorante à l'Université Paris II Panthéon-Assas à Paris.

This article is based on the project Preludium n° 2014/13/N/HS5/01095 financed by the National Science Centre (Poland).

1. Introduction

Au titre des questions que soulèvent les relations entre l'institution de l'arbitrage et les tiers, on mentionne, généralement, celle de l'arbitrage multipartite dans le contexte de l'extension de la convention d'arbitrage à des non-signataires comprenant les sociétés en groupement², ou celle du financement de l'arbitrage par les tiers³.

Par comparaison, le lien entre la question de l'arbitrage et des tiers et celle de l'arbitrabilité des litiges paraît moins évident. Pourtant, il s'agit d'un terrain propice à la réflexion en raison, en particulier, des problèmes pratiques qui posent l'arbitrabilité objective, tant en droit polonais qu'en droit comparé.

En effet, même si le critère législatif d'arbitrabilité n'entre pas directement en jeu, certains litiges demeurent inarbitrables lorsqu'ils se heurtent à l'obstacle que constitue la nature contractuelle de l'arbitrage. Par conséquent, nous aborderons la question du tiers à l'arbitrage en retenant une conception *lato sensu*⁴ de l'arbitrabilité objective. Pour le besoin de la présente étude, cela comprend l'étendue de la convention d'arbitrage – tant de la clause d'arbitrage que du compromis – qui porte sur un objet reconnu arbitral, d'une part, ainsi que l'autorité de la chose jugée de la décision concernant un litige arbitral, d'autre part.

En ce qui concerne la notion des tiers, celle-ci est relative. En droit civil, elle signifie qu'une personne n'est pas partie à un acte juridique ou à un litige⁵. Toutefois, le concept varie en fonction du contexte. Dans le sens du droit des obligations, il renvoie au «*penitus extranei*», désignant un tiers absolu à un contrat «tout à fait étranger», à une personne ayant une cause, ou à un créancier⁶. Quand à l'arbitrage, dont le déroulement et le résultat est confidentiel⁷, les tiers, qui peuvent être intéressés par celui-ci, ne sont pas suffisamment engagés dans la procédure arbitrale, ou ne sont pas conscients de son existence, ce qui les place dans une situation procédurale ou factuelle défavorable par rapport aux parties à l'arbitrage.

Dans la première hypothèse, il s'agit des tiers potentiellement intéressés par le déroulement de l'arbitrage puisque son effet peut avoir un impact sur leur situation juridique, comme c'est le cas des litiges portant sur la validité des décisions des organes

² Comme décrit, notamment, dans les ouvrages: J.-L. Delvolvé, *L'arbitrage et les tiers: III. – Le droit de l'arbitrage*, *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage 1988, vol. 1988, issue 3, p. 501–556; B. Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer Law International 2006.

³ Il s'agit de l'impact du financement de l'arbitrage sur le principe d'accès au juge, si une partie incapable d'assumer les frais de la procédure arbitrale reste liée par la clause d'arbitrage. Parmi les solutions alternatives, le *crowd-funding* constitue une possibilité.

⁴ Il ne faut pas confondre l'arbitrabilité au sens large ainsi conçue avec l'arbitrabilité en tant que concept d'arbitrabilité en droits de Common Law (le champ d'application de la clause d'arbitrage en tant que critère d'arbitrabilité *lato sensu*), v. B. Hanotiau, *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*, Paris 1994, p. 960.

⁵ En droit français v. R. Cabrillac, *Le Dictionnaire du vocabulaire juridique* (dir.), Paris 2008. En droit polonais cf. p. ex. l'art. 822 §1 du Code civil (ci-après KC).

⁶ R. Cabrillac, *op.cit.*

⁷ Sauf si les parties en ont convenu autrement de manière expresse.

collectifs de la société – les litiges internes à la vie de société. Dans ce cas, le manque des garanties procédurales relatives à la possibilité de remettre en question la décision arbitrale s'oppose à l'arbitrabilité, les tiers à l'arbitrage étant dépourvus des droits qu'ils auraient devant le juge⁸. Dans la deuxième hypothèse, il s'agit de l'ensemble des personnes extérieures à la procédure arbitrale qui pourraient être potentiellement intéressées par l'exercice de leurs libertés dans un domaine n'étant pas soumis à aucun monopole. C'est par exemple le cas des litiges portant sur l'annulation des brevets. L'enjeu ici, c'est la protection des droits potentiels des tiers qui est mieux assurée devant le juge que devant l'arbitre, qui explique l'inarbitrabilité des litiges.

Pour analyser les deux hypothèses susmentionnées, il convient préalablement de répondre à la question des limites de la nature de l'arbitrage. D'un côté, le chevauchement entre la notion de tiers avec la question de l'arbitrage évoque à son caractère contractuel. La convention d'arbitrage étant un contrat, elle a par conséquent un effet relatif (*inter partes*) et ne produit pas d'effet obligatoire vis-à-vis des tiers. En effet, selon la théorie de l'autonomie de la volonté, la convention d'arbitrage valablement conclue ne que lie les parties. De l'autre côté, le problème posé se manifeste sur le terrain de l'effet relatif de la sentence arbitrale, auquel il peut être remédié par le rayonnement, à titre exceptionnel de la sentence arbitrale au-delà des seules parties à l'instance (l'autorité absolue de la chose jugée). En effet, par dérogation à la règle de l'autorité relative de la chose jugée, la sentence peut produire un effet *erga omnes*. Cependant, une telle exception dépend généralement du législateur, notamment quant à certaines décisions du juge.

Les sentences arbitrales étant dépourvues de cette caractéristique, la question de la protection des droits procéduraux des tiers, intéressés par le déroulement de l'instance, revêt une importance particulière. En ce sens, la diversité des instruments juridiques de protection, adoptés en droit comparé, fait apparaître caractère relatif des obstacles à la fiabilité de l'arbitrage et confirme la flexibilité croissante des ordres juridiques face aux enjeux de l'arbitrage effectif. Se pose ensuite la question de la nécessité de protéger les droits potentiels des tiers – tel que, par exemple, l'exercice commerciale libre, non limitée par les titres de la propriété intellectuelle – qui n'est pas assurée sans la publication du résultat de la sentence et l'élargissement de l'effet de la sentence au-delà des parties à l'arbitrage. Toutefois, il existe des solutions en droit comparé qui peuvent remédier également à cet obstacle à l'arbitrabilité.

Par conséquent, l'effet relatif des décisions arbitrales, contrairement à certaines décisions des cours étatiques – comme celles concernant la validité des décisions prises au sein d'une société ou portant sur la nullité d'un brevet, est un obstacle apparent, tant à l'égard de la protection suffisante des droits des tiers que s'agissant de l'accès publique

⁸ Dans le procès devant le juge, il est possible notamment d'intervenir à l'instance aux côtés de la partie soutenue. Les tiers acquièrent par conséquent le statut d'intervenant accessoire. En cette qualité, ceux qui se sont joint à la procédure disposent d'un champ d'autonomie et d'initiative très important au cours du procès. En matière d'arbitrage par contre, il manque généralement des dispositions régulant la situation de ces « tiers » à la procédure. A titre d'exemple, le Code de procédure civile polonais (ci-après KPC) dispose que l'intervenant a le pouvoir d'émettre des prétentions pour son propre compte. Il peut également s'opposer aux demandes et aux actes des parties soutenues. Cf. les art. 81, 73 par 2 et 79 du KPC.

aux résultats du procès, avec, par exemple, l'inscription administrative dans un registre officiel. Par la force des choses, les limites en question ne jouent pas nécessairement contre l'arbitrabilité des litiges engageant des tiers.

2. La protection des droits procéduraux des tiers – l'arbitrabilité des litiges portant sur la nullité des décisions des organes des sociétés

La notion des tiers en matière d'arbitrage des litiges sociétaires est diversifiée et concerne, par exemple, des «tiers proches, tels que les associés de la sociétés qui n'ont pas participé à l'instance arbitrale, les associés qui peuvent être affectés par la sentence arbitrale, les administrateurs, les représentants légaux ou les liquidateurs de la société. Il s'agit des tiers au sens strict qui peuvent être impliqués dans les litiges «internes» de la vie de la société. La notion des tiers *lato sensu* concerne par contre des «véritables tiers», c'est-à-dire, les cocontractants de la société qui sont concernés par des litiges externes à l'existence et au fonctionnement de celle-ci. Notre démonstration se concentre surtout autour des litiges internes et porte par conséquent surtout sur les «tiers proches»⁹.

À l'instar de la polémique qui a bouleversé le droit allemand, et qui reste d'actualité dans la mesure où le succès, au moins normatif, des solutions récemment adoptées est limité uniquement à quelques ordres juridiques¹⁰, la doctrine polonaise connaît toujours un débat non-résolu autour de la question de l'arbitrabilité objective des litiges endogènes à la société, particulièrement quant à la soumission des litiges concernant la validité des délibérations adoptées par l'assemblée générale des sociétés de capitaux à un tribunal arbitral. Même si les débats autour du critère d'arbitrabilité objective polonais, et de son éventuel modification, révèlent, les faiblesses du critère de «*transigibilité*»¹¹ dans toutes les législations qui retiennent encore ce critère, le vrai noyau dur du débat se place ailleurs. En effet, indépendamment du résultat du test de l'arbitrabilité objective, le règlement arbitral des litiges concernant la validité des délibérations d'assemblée générale porte sur l'enjeu des modalités de protection des tiers en raison de la nature de ces décisions, dont les effets rayonnent en pratique au-delà des parties à la procédure arbitrale. En effet, l'efficacité de la sentence ne peut pas être assurée dans ce type de litige que pour autant qu'elle lie tous les associés et organes de la société. Pourtant, malgré l'équivalence des effets d'une sentence arbitrale et d'une sentence judiciaire, il n'est pas facile d'en déduire que ces deux types de décision ont en pratique une valeur égale¹². Le peu de règles processuelles relative à l'arbitrage dans les droits nationaux obligera, en tout état de cause, les parties de stipuler des garanties au sein de la clause d'arbitrage ou du compromis, à défaut de quoi la sentence serait inefficace.

⁹ Ch. Seraglini, *Les effets de la sentence*, Rev. arb. 2013 (3), p. 706 et suiv.

¹⁰ La BGH a rendu en 1996 un arrêt *Schiedsfaehigkeit I*, BGH du 29 mars 1996, II ZR 124/95, NJW 1996, 1753. Cet arrêt, tout en ouvrant la porte à l'arbitrabilité des litiges internes à la vie des sociétés, ne l'admet pas à l'égard des litiges concernant la validité des décisions d'assemblée générale.

¹¹ *Zdatnosc ugodowa* (pl.)

¹² En droit polonais, cf. l'art. 1212 du KPC.

En ce sens, tant la jurisprudence allemande¹³ que la doctrine polonaise¹⁴ met en exergue les risques d'abus qui découlent potentiellement de l'impossibilité d'obtenir devant un arbitre les mêmes garanties procédurales que celles prévues devant le juge. Il se peut dans la pratique que les associés, auteurs de la résolution litigieuse, ne participent pas à l'arbitrage initié par un associé qui s'y oppose, et qu'à leur place participe en réalité la société, représentée par son organe de direction qui souhaite également la nullité de la résolution. Par contre, dans l'instance devant un juge étatique, un tel risque n'existe pas. En effet, dès lors que ni le demandeur ni la société défenderesse n'ont le choix du juge, les associés souhaitant maintenir la résolution en vigueur ont la possibilité, notamment, de faire une intervention accessoire du côté de la société défenderesse.

Confronté aux problèmes susmentionnés, l'étude du droit comparé révèle deux modèles possibles – celui de l'arbitrabilité conditionnelle (1) et de l'arbitrabilité non contestée par la loi (2).

2.1. L'arbitrabilité conditionnelle

Pour amorcer une ouverture à l'arbitrage des litiges en droit des sociétés, certaines solutions ont été proposées par la jurisprudence allemande en 2009 dans l'arrêt *Schiedsfaehigkeit II*¹⁵. Ainsi, une sentence arbitrale concernant la validité d'une résolution d'assemblée générale d'une *GmbH* (SARL) peut exercer un effet à l'égard de la société et de tous les associés à des conditions strictes. Premièrement, le consentement à la convention d'arbitrage doit avoir été exprimé par tous les associés et la société elle-même. Deuxièmement, tous les associés doivent avoir été notifiés de l'introduction de la procédure d'arbitrage. Troisièmement, tous les associés doivent avoir été en mesure de participer à la constitution du tribunal arbitral. Quatrièmement, toutes les actions relatives à une même question doivent être consolidées devant le même tribunal arbitral. En référence à cette jurisprudence, la *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS)* a formulé une clause arbitrale type et une réglementation spécifique

¹³ L'arrêt *Schiedsfaehigkeit I* met en exergue le fait que le droit d'arbitrage allemand ne contient pas de mécanisme permettant d'assurer la participation de tous les associés et tous les membres du directoire, ainsi que du conseil de surveillance à la nomination des arbitres. Contrairement aux litiges devant un tribunal étatique, il n'existe pas de disposition légale excluant les conflits entre les décisions, si plusieurs associés initient plusieurs instances arbitrales séparées, ou si un associé met en place une procédure arbitrale tandis qu'un autre recourt à un juge étatique.

¹⁴ Voir, notamment, M. Tomaszewski, *O zaskarżaniu uchwał korporacyjnych do sądu polubownego – de lege ferenda*, *Prawo Spółek* 2012 (4), p. 25 et suiv. A titre d'exemple, en vertu du KPC, il serait suffisant qu'une convention d'arbitrage soit conclue entre un associé, qui vise à annuler la résolution, et l'organe de direction, sans la participation, voire même la connaissance des autres associés. Ainsi, il serait possible d'empêcher aux personnes intéressées par le maintien de la résolution de participer à la procédure. Les autres associés ne sont pas en vertu du KPC des parties à la procédure. Par conséquent, ils ne bénéficient pas du droit de contester le jugement reconnaissant la sentence arbitrale dans les recours post-arbitraux). Plus récemment v. R. Kos, *Zdatność arbitrażowa sporów o ważność uchwał spółek kapitałowych*, *PPH* 2014 (3), p. 28–36 et *Spory korporacyjne w praktyce arbitrażowej – perspektywa polska i niemiecka*, éd. W. Jurcewicz, K. Pörnbacher, C. Wiśniewski, Warszawa 2017, p. 1–383.

¹⁵ BGH, l'arrêt du 6 avril 2009, II ZR 255/08, 2009 NJW 1962 (*Schiedsfaehigkeit II*).

pour l'arbitrage des litiges internes à la vie sociale¹⁶. Cette solution paraît pratique et efficace, mais son application est limitée par la taille de la société de capital, le nombre des actionnaires dans les SA étant souvent assez élevé. En 2017, sa portée a été élargie aux sociétés en commandite par l'arrêt *Schiedshaehigkeit III*¹⁷.

Pareillement au droit allemand, le législateur russe a récemment opté pour un modèle similaire¹⁸. Quant à l'arbitrabilité des litiges internes à la vie de société, la loi en vigueur a mis en exergue certains éléments obligatoires de l'arbitrage en ce domaine. Tout d'abord, un arbitrage institutionnel portant sur un litige sociétaire devrait adopter des règles spéciales de sorte à garantir une juste procédure ainsi que la participation de toutes les personnes intéressées. Ensuite, toute sentence arbitrale devrait être notifiée dans un registre public officiel. Enfin, aucun changement dans le registre ne peut pas être exécuté sans l'examen de la sentence arbitrale par un juge.

2.2. L'arbitrabilité non contestée

En droit français et belge, l'effet relatif de la sentence arbitrale ne remet pas en cause l'arbitrabilité des litiges internes à la vie sociale. La protection des tiers y est assurée par des instruments déjà existant dans les textes.

La jurisprudence de la Cour de cassation française de 2007¹⁹ et 2008²⁰ a élargi l'opposabilité de la sentence arbitrale au-delà de son dispositif, c'est-à-dire, aux constatations et qualifications des faits figurant dans les motifs de la sentence, ce qui a permis de conférer une véritable autorité de la chose jugée à la sentence arbitrale à l'égard des tiers²¹. Par conséquent, contrairement aux solutions adoptées en droit polonais et allemand, la sentence arbitrale peut être invoquée par les tiers et invoquée contre eux. Quid de la protection de leurs droits procéduraux dans une telle situation?

Tant que les conditions de conclusion de la convention d'arbitrage sont remplies, aucune solution jurisprudentielle et législative particulière n'existe pour encadrer l'effet substantiel de la sentence rendue à l'égard de tous les associés. Bien que l'intérêt des tiers rentre en jeu, les droits français et belge ne voient pas cette «spécificité» de l'effet élargi – notamment quant à la validité des décisions d'assemblée générale – comme

¹⁶ Disponible sur le site de *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*, <http://www.dis-arb.de/en/17/ clause/dis-model-clause-for-corporate-law-disputes-09-id10>, 15.04.2018.

¹⁷ BGH, la décision du 6 avril 2017, I ZB 23, (*Schiedsfaehigkeit III*) v. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/07/arbitrability-shareholder-disputes-germany/>, 15.04.2018.

¹⁸ Cf. la loi de l'arbitrage (procédure arbitrale) de la Fédération de Russie, l'amendement à loi de la Fédération de Russie sur l'arbitrage commercial international, l'amendement au Code de la procédure de l'*Arbitrazh* et l'amendement au Code de la Procédure Civile qui sont entrés en vigueur le 1^{er} septembre 2016, à l'exception des dispositions portant sur les litiges sociétaires, qui sont en vigueur le 1^{er} février 2017. V. l'opinion critique sur la politique législative russe concernant l'arbitrage international; K. Hobér, *The Russian doll syndrome: Russian Tactics in international arbitration* [in:] *New Developments in International Commercial Arbitration 2015*, éd. Ch. Muller, S. Besson, A. Rigozzi, Zurich 2015, p. 1–26.

¹⁹ Cass. com., l'arrêt du 23 janvier 2007, Rev. arb. 2007, p. 769, note P. Mayer.

²⁰ Cass. com., l'arrêt du 2 décembre 2008, Rev. arb. 2009, p. 327, note P. Mayer.

²¹ Ch. Seraglini, Les effets de la sentence, Rev. arb. 2013 (3), p. 719 et suiv.

un obstacle à l'arbitrabilité. Cette solution tient à l'existence d'une voie de contestation, dite «tierce-opposition», en aval de la procédure arbitrale²².

La voie de l'intervention étant fermée devant l'arbitre, le recours à la tierce opposition contre la sentence arbitrale ouverte à l'associé, qui n'a pas participé à l'instance arbitrale, et dont la situation se trouve affectée par la décision de l'arbitre, paraît être une alternative satisfaisante. Toutefois, elle ne couvre pas toutes les hypothèses. D'abord, le droit français réserve la voie de la tierce opposition aux seules sentences d'arbitrage interne. Ensuite, elle est souvent limitée aux seuls associés, qui sont considérés comme ayant été représentés à l'instance par le représentant de la société, ce qui n'est pas le cas notamment des «véritables» tiers, comme les créanciers ou les cocontractants de la société. Enfin, en principe la tierce opposition est prévue seulement contre le dispositif de la décision, auquel seul est lié l'effet substantiel susceptible d'affecter négativement le tiers. Malgré ces limites, la doctrine française estime que la tierce opposition garantie de manière suffisante les droits des tiers, la préservation desquels, à elle seule, ne saurait être de nature à justifier l'inarbitrabilité en matière de droit des sociétés.

3. La protection des droits potentiels des tiers – l'arbitrabilité des litiges portant sur la nullité des brevets

Les litiges portant sur la nullité des brevets remettent également en question l'efficacité des sentences arbitrales et suscitent des doutes par rapport à la protection des droits potentiels des tiers, affectés par un monopole illicitement octroyé. Constituant les titres de propriété industrielle, accordés au titulaire d'une invention et conférant à ce dernier une exclusivité sur son exploitation pendant une certaine période de temps, les brevets restreignent la liberté de commerce, de sorte qu'un litige éventuel peut, potentiellement, susciter l'intérêt de la collectivité entière, notamment celui des tiers intéressés par la matière brevetée.

Les litiges en question peuvent avoir la nature double. Le plus souvent, ils possèdent une base contractuelle diversifiée. À cet égard, l'exception d'invalidité du brevet peut être soulevée par l'une des parties AU contrat principal comme moyen de défense contre une allégation de contrefaçon, ou dans le cas de la non-exécution d'un contrat, notamment d'un contrat de licence dans le cadre d'une demande reconventionnelle en réponse à une action en contrefaçon²³. L'invalidité du brevet peut également constituer un objet d'un litige autonome. Alors que, dans le premier cas, l'arbitrage n'est pas exclu, même s'agissant de l'annulation éventuelle de brevet, l'arbitrabilité des litiges dans le deuxième cas est très rarement reconnue.

En effet, alors que la décision d'annulation d'un brevet d'invention par un organe étatique, tel qu'un organe administratif en Pologne ou le juge en France, a un effet

²² L'art. 1501 du Code de la procédure civile français prévoit que «La sentence arbitrale peut être frappée de tierce opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 588».

²³ En ce sens I. Bałos, *Zdatność arbitrażowa sporów dotyczących patentowa*, Warszawa 2017, p. 251.

absolu, le caractère privé de l'arbitrage implique l'absence d'effet *erga omnes* de la décision de retrait du droit de l'exclusivité indument octroyée.

Pourtant, la contradiction entre l'effet absolu des décisions d'annulation d'un brevet par un juge étatique et l'effet relatif des décisions arbitrales peut être surmontée sans approfondir le conflit entre la non-affectation du droit de propriété et l'extension des effets de la sentence arbitrale aux tiers à la convention d'arbitrage. De tels litiges étant inarbitrables en Pologne²⁴, le problème semble partialement résolu par la jurisprudence française. L'arbitrabilité des litiges en question reçoit également la pleine reconnaissance dans la doctrine et les textes législatifs du droit suisse et belge.

3.1. L'arbitrabilité partielle

Récemment, dans des différends d'origine contractuelle, la jurisprudence française a admis l'arbitrabilité des litiges portant sur l'annulation des brevets. Il s'agit des affaires *Liv Hidravlika*²⁵ de 2008 et *Victocor Technologies* de 2013²⁶. De tels litiges paraissent arbitrables dans la mesure où ils mènent à des solutions applicables *inter partes*. Toutefois, l'efficacité des sentences arbitrables est à nouveau remise en question.

Dans l'arrêt *Liv Hidravlika*, la Cour d'Appel de Paris a pour la première fois accepté la décision de l'arbitre de se prononcer sur la validité du brevet, abordée de manière incidente dans le cadre d'un litige contractuel. La Cour d'Appel estime cependant qu'une telle sentence n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée *erga omnes*. Dès lors, la situation d'un licencié, dont l'objet de la licence relève de la sentence arbitrale incidente sur la validité du titre, reste irrésolue. Par exemple, il ne pourrait pas opposer sa licence sur un brevet à un contrefacteur supposé au cours d'une procédure judiciaire en nullité du même brevet. De plus, si le juge annule le brevet, le contrefacteur pourra en bénéficier légalement. Le licencié devrait par contre payer les redevances si l'arbitre décide ainsi *inter partes*. Une autre solution remettrait en cause l'efficacité de la sentence arbitrale par rapport à la décision du juge, de même que le conflit des décisions pourrait également se poser en fonction des différentes configurations de la situation décrite.

Dans l'arrêt *Victocor Technologies* la Cour de Cassation française, en se prononçant sur l'effet seulement *inter partes* de la décision du tribunal arbitral, a confirmé à cet égard l'arbitrabilité des litiges portant sur la validité d'un brevet. Dès lors, le risque des manœuvres procédurales dilatoires est partiellement éloigné, étant donné que la nullité du brevet, ou son inopposabilité, soulevée devant le juge par la partie potentielle à l'arbitrage signifie en même temps que l'arbitre est incompétent, ce qui, présenté

²⁴ Une fois que le brevet est accordé par l'Office Polonais des Brevets, il peut être invalidé par le même organe. La décision administrative est soumise au contrôle du Tribunal administratif de Varsovie. Eu égard à l'inadmissibilité de la voie du procès civil, l'arbitrabilité n'est pas reconnue en droit polonais dans les litiges portant sur la propriété industrielle, pour lesquels l'Office Polonais des Brevets est exclusivement compétent. Selon l'article 255 al. 1 p. 1-9 de la Loi sur la propriété industrielle, l'Office Polonais des Brevets statue notamment sur des litiges portant sur l'annulation d'un brevet.

²⁵ CA Paris, 1^{ère} ch., section C, l'arrêt du 28 février 2008, n° 05/10577.

²⁶ Cass civ. 1^{ère} ch, l'arrêt du 12 juin 2013, JCP 2013, Doctr. 784 § 3, obs. C. Seraglini; Cahiers d'arbitrage, 2014 (1), p. 73, comm. I. Léger.

comme moyen de défense, bloque le recours à celui-ci en pratique, puisqu'une décision judiciaire sur la validité du brevet doit être rendue préalablement²⁷. Eu égard cependant au fait que la doctrine ne précise pas les conditions d'accès à l'arbitrage portant sur la nullité du brevet à titre principal, une partie souhaitant soumettre un tel différend à l'arbitrage risque de ne pas pouvoir sortir du cercle vicieux des obstacles matériels et procéduraux. Ainsi, non sans raison, les juristes français voient une telle évolution de la jurisprudence comme demeurant inachevée²⁸.

Malgré l'arbitrabilité partielle des litiges contractuels qui ont trait à la validité des brevets, l'effet *inter partes* des sentences arbitrales sont également susceptibles d'affecter les droits potentiels des tiers. Quid notamment d'une personne tierce à la procédure arbitrale entre un licencié et un titulaire du brevet, menant (à titre incident) à l'annulation de ce dernier ? En ce qui concerne un autre licencié – que l'on peut qualifier «un tiers proche», il serait obligé de payer des redevances, le brevet restant valide *erga omnes*, et se trouverait dans une situation défavorable par rapport au licencié partie à l'arbitrage. Pour ce qui est des autres personnes – «les vrais tiers», elles ne seront même pas conscientes des doutes concernant le statut du brevet. En cas d'une atteinte involontaire au droit de propriété industrielle, elles seront traitées en tant que contrefacteurs, alors que cela ne serait jamais le cas des parties à l'arbitrage. D'ailleurs, la décision de l'arbitre confirmant la validité du brevet ne poserait les problèmes susmentionnés, ce qui emporte un risque d'insécurité juridique, non seulement quant aux conflits entre les sentences rendues par un juge et un arbitre, mais également quant à l'inégalité des différents sentences arbitrales.

3.2. L'arbitrabilité reconnue

Confrontées au problème de déficience évidente de l'arbitrage, présentée *supra*, les législations suisse et belge ont expressément reconnu l'arbitrabilité des litiges en question. Ainsi, le législateur suisse admet, depuis 1975, l'arbitrabilité des litiges concernant la validité des brevets. Dès lors, la sentence arbitrale statuant sur la nullité d'un brevet suisse, dont les conditions de brevetabilité sont remises en question, mène à l'annulation et à la radiation de celui-ci du registre de l'Office suisse des brevets. La sentence elle-même est également inscrite dans le registre susmentionné. Tant en matière interne qu'internationale, la sentence arbitrale annulant un titre de propriété industrielle est dotée d'un effet *erga omnes*. De même, l'existence d'une compétence exclusive, attribuée aux tribunaux étatiques dans le pays du brevet étranger, n'exclut pas son arbitrabilité en Suisse²⁹.

²⁷ Cf. J-Ch. Tristant, Ch. De Raignac, *Brevet et arbitrage. Fin d'une controverse? L'arbitrabilité des brevets: une évolution inachevée* [in:] *Arbitrage et propriété intellectuelle, La lettre de l'AFA*, éd. A. Pezard, Septembre 2015, n° 17.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Une telle position a été présentée à l'égard de la décision CCI, l'affaire n° 6097 de 1989, Bulletin CCI, octobre 1993, p. 80 par F. Perret, *Arbitration and Licensing Agreements: The Swiss Experience* [in:] *Creative ideas for intellectual property: the ATRIP Papers 2000–2001*, Lausanne 2002, p. 242. Dans l'affaire citée, le tribunal arbitral siégeant à Zurich s'est prononcé pourtant uniquement sur la validité *inter partes* d'un brevet enregistré sous l'emprise de la loi allemande.

En droit belge, malgré la reconnaissance juridictionnelle antérieure de l'arbitrabilité des litiges portant sur la validité d'un titre de propriété industrielle³⁰, le législateur l'a expressément admise en 1984. Désormais, les contestations de la validité d'un brevet peuvent être soumises à un tribunal arbitral³¹. De plus, l'effet *erga omnes* des sentences arbitrales en question et leur communication à l'Office des brevets est assuré par les textes de loi. Par conséquent, les sentences arbitrales sont dotées d'une portée absolue et leur publicité les rend opposables aux tiers. Leur portée est identique à celle des décisions du juge étatique. Parallèlement, la sentence arbitrale peut être invoquée par les tiers, autres que les parties contractantes à l'arbitrage, pour faire valoir leurs droits.

4. Conclusion

Pour accepter l'effet *erga omnes* de la sentence arbitrale dans les litiges sociétaires, certaines législations (le droit allemand, le droit russe) proposent, par voie législative ou jurisprudentielle, une réglementation spécifique de la procédure arbitrale ou de la convention d'arbitrage. Une telle approche, sans admettre l'arbitrabilité absolue des litiges en question, ouvre la porte à l'arbitrabilité conditionnelle de ceux-ci, en proposant une solution pratique. D'autres ordres juridiques (le droit français, le droit belge) ne remettent pas en question l'arbitrabilité des litiges internes à la vie de société et ne prévoient aucune exigence préalable, si ce n'est l'existence d'une convention d'arbitrage valablement conclue.

Alors que l'applicabilité, au sein du droit polonais, des solutions adoptées en droit allemand et russe serait justifiée, en raison, d'une part, de sa ressemblance avec le droit allemand au niveau de structure normative de droit privé, et, d'autre part, de son objectif de développement de l'arbitrage après l'époque socialiste, les instruments juridiques issus en droits romanistes semblent être trop éloignés. Certes, la tierce opposition, en tant que mesure holiste et pratique de protection générale des droits des tiers, constitue un exemple intéressant pour la procédure civile polonaise³². Toutefois, l'objectif du droit de l'arbitrage doit d'abord être de trouver des instruments efficaces au sein de celui-ci, plutôt que de recourir aux institutions de la procédure civile.

³⁰ Cf. Cour de cassation belge, l'arrêt du 13 avril 1893 (1, 167), cité par J. Dassel, *Examen de jurisprudence* (1972 à 1977), *Brevets d'invention*, Revue critique de jurisprudence belge 1978, p. 517. L'arrêt prévoit que les parties peuvent transiger sur la question de la validité d'un brevet et y renoncer; Cour de cassation belge, l'arrêt du 15 juillet 1975, cité par J. Dassel, *op.cit.*, p. 520 et suiv; Revue de droit intellectuel l'ingénieur-conseil, n° 10-11, 1976, p. 319. Dans l'affaire susmentionnée, le tribunal arbitral s'est déclaré compétent pour connaître d'un litige sur la nullité d'un brevet.

³¹ L'art. 73 § 6 de la loi sur les brevets d'invention du 28 mars 1984 prévoit: «(...) Les dispositions du présent article ne font toutefois pas obstacle à ce que les contestations relatives à la propriété d'une demande de brevet ou d'un brevet, à la validité ou à la contrefaçon d'un brevet ou à la fixation de l'indemnité visée à l'article 29 ainsi que celles relatives aux licences de brevets autres que les licences obligatoires soient portées devant les tribunaux arbitraux».

³² Cf. notamment P. Ryłski, *Opozycja osoby trzeciej (tierce opposition) – nadzwyczajny środek zaskarżenia francuskiej procedury cywilnej*, Przegląd Sądowy 2006 (5), p. 152. L'auteur met en exergue la simplicité de la tierce opposition et souligne le caractère dispersé des instruments de protection dans le KPC.

D'ailleurs, l'exemple des litiges portant sur l'annulation des brevets montre que le problème de la protection des droits des tiers concerne tant le caractère confidentiel de l'arbitrage que son caractère contractuel. L'évolution croissante de la jurisprudence française pose la question de la levée éventuelle de toute inarbitrabilité en matière de brevets³³. Les arguments favorables à l'arbitrabilité étendue des litiges relatifs à la validité des brevets, reposant sur l'absence de véritable incompatibilité entre la relativité de l'arbitrage et l'effet absolu des titres en cause, permettrait peut-être de surmonter le dernier bastion de cette résistance contre l'inarbitrabilité. Comme le montrent pourtant les droit belge et suisse, le vrai obstacle à l'arbitrabilité en question ne réside pas dans les avantages de la portée absolue des décisions du juge par rapports aux tiers, mais dans la confrontation de l'obligation de publicité avec le caractère confidentiel de l'arbitrage. Il semble pourtant que rien n'empêche le maintien de la confidentialité de l'instance, malgré la publication – partielle – de la sentence quant à la validité d'un brevet. Cette question reste sujette à discussion.

* * *

The Protection of Third Party in Arbitration. Comparative Legal Analysis on the Arbitrability³⁴

The present study refers to the still unresolved problem of arbitrability under Polish law, in the context of the protection of third party rights on the example of the validity of shareholder resolutions' and patent validity disputes. Using the methods of comparative law, the article presents the above problem on the level of various European legal systems – Polish, French, German, Belgian and Swiss. The aim of the study is to show the possible solutions that could be applied by the Polish legislator within the amendment of the arbitration law, assuming that the problem of arbitration in the context of third party rights results not only from its contractual character, but refers as well to the confidentiality of the procedure.

Key words: arbitrability, protection of third parties' rights in arbitration, comparative legal analysis

³³ Les interprétations les plus libérales proposent même l'admission implicite d'un effet *erga omnes* des sentences arbitrales concernant la validité d'un brevet, cf. V.-L. Benabou, *Une entaille dans le principe d'inarbitrabilité de la validité des brevets*, Petites Affiches 2008 (199), p. 7.

³⁴ This article is based on the project *Preludium* n° 2014/13/N/HS5/01095 financed by the *National Science Centre (Poland)*.

Łukasz Pierwienis¹

The Role of the Lender's Direct Agreements in the Project Finance Transactions – Can Financial Institutions Effectively Shield Themselves from the Unexpected Events?

Abstract:

Risk management is one of the key issues in the preparation and implementation of public-private partnership projects. In particular, the issue of risk management pursued by banks financing the project is of paramount importance. One of the instruments allowing banks to avoid unforeseen circumstances under the project finance are direct agreements, which give banks the option of taking over SPV contracts in the event of a significant threat to their implementation, in order to find a quick solution to the problem, without the need to terminate the contract (step-in rights). It is even more important when we consider project finance transactions where great amount of money is involved and where whole transaction is based on the projected cash flow of the finished project, rather than the investors' own finances. As such, with the so-called direct agreements, banks are trying to outline the legal responsibilities of the parties in order to secure for themselves control over transaction. Provided that this solution is effective, it leads to high financial stability of projects.

Key words: risk management, public-private partnership, direct agreements, contract

Introduction

The issue of project finance transactions in the context of infrastructure projects launched by public and local entities has been the subject of lively debate among international legal environment. And this is not surprising, as the issue has great practical

¹ Author is a 5th year student of law at the Faculty of Law and Administration, Warsaw University.

significance, and experience shows that most projects in which a public entity is involved, must confront the financing boundaries, which could be solved probably only through the medium of public finance.

Notwithstanding the above, project finance transactions do not provide perfect solutions. The devil is in the details. The project finance imposes a several risk on lenders (financial institutions), whose role is inevitable in project finance transactions. The lender is generally concerned with the economic value of the project, the legal adequacy of the contracts and enforceability of the contracts in a loan workout scenario². This issue is even more serious in states where the law does not provide specific answers for the question of responsibility in the context of public-private partnership (PPP) based on project finance. Thus, the parties do not have a clear understanding of what obligations and liabilities they may be assuming in connection with the project and therefore, they are not able to consider appropriate risk-mitigation exercises at the relevant time. However, again, the practice in project finance provide adequate legal instrument confronting these issues. One of the typical features of a lender security package on a project financing is the direct agreement. Its main aim is to provide lender a certain security package should the project get into trouble. It enables the lenders to step into the shoes of the project company and take over the project (step-in right) or find a substitute entity to continue the project. However, these great rights provide some difficulties as they, ultimately, put the other parties at the significant disadvantage.

Thus, in the light of the above, the aim of this paper is to examine what is the role of the direct agreements in the project finance transactions? Do these agreements effectively secure the lender's interests? Answers for these questions require very careful analysis of project finance transactions within the context of the economic and legal environment.

Firstly, I briefly demonstrate what the project finance, in light of which the direct agreements are concluded, is. Secondly, I illustrate the direct agreement as a one of the instruments of lenders' security protection. Thirdly, I examine the role of the direct agreements with respect to project finance transactions. Although, it seems that these agreements are inevitable in project finance transactions, their conclusion often involves serious issues, which parties must overcome. Lastly, I provide conclusion and major thoughts of this paper.

What is the project finance?

Before we analyze the nature of direct agreements, it is essential to move back to its context, namely the project finance. What is 'project finance'? The term features prominently in the press, more specifically with respect to infrastructure, public and private venture capital needs. The press often refers to huge projects, such as building infrastructure projects like highways, metro systems, or airports.

² A. Fight, *Introduction to Project Finance*, Oxford 2006, p. 46–47.

Project finance is generally used to refer to a non-recourse or limited recourse financing structure in which debt, equity and credit enhancement are combined for the construction and operation, or the refinancing, of a facility in a capital-intensive industry³. Credit appraisals and debt terms are typically based on project cash flow forecasts as opposed to the creditworthiness of the sponsors and the actual value of the project assets⁴. Forecasting is therefore at the heart of project financing techniques. Project financing, together with the equity from the project sponsors, must be enough to cover all the costs related to the development of the project as well as working capital needs⁵. In other words, project finance is a technique that has been used to raise huge amounts of capital and promises to continue to do so, in both developed and developing countries, for the foreseeable future.

Project finance transactions are complex transactions that often require numerous players in interdependent relationships. For this paper, the transaction in question would be simplified and limited to three main actors: lender, borrower, third party.

The large size of projects being financed often requires the syndication of the financing. For example, the Eurotunnel project financing involved approximately 220 banks⁶. The syndicated loan exists because often any one lender individually does not have the balance sheet availability due to capitalization requirements to provide the entire project loan. Other reasons may be that it wishes to limit its risk exposure in the financing or diversify its lending portfolio and avoid risk concentration. The solution is to arrange a loan where there are several lenders (banks and other financial institutions) forwarding funds under a single loan agreement. Such a group of lenders is often called a syndicate⁷. A syndicate of banks might be chosen from as wide a range of countries as possible to discourage the host government from taking action to expropriate or otherwise interfere with the project and thus jeopardize its economic relations with those countries. The syndicate can also include banks from the host country, especially when there are restrictions on foreign banks taking security in the country.

The borrower is usually the project company. The project company is the legal entity that will own, develop, construct, operate and maintain the project⁸. The project company is generally a special purpose vehicle (SPV) created in the project host country and therefore, subject to the laws of that country⁹. The SPV will be controlled by its equity owners. And it is formed specifically to build and operate the project. It enters into contractual agreements with a number of other parties necessary to the project.

Finally, the third party is the project sponsor – the entity that manages the project. The sponsor generally becomes equity owner of the SPV and will receive any profit

³ *Ibidem*, p. 1.

⁴ D.F. Pretorius, *Project Finance for Construction and Infrastructure*, Blackwell 2008, p. 6.

⁵ A. Fight, *op.cit.*, p. 1–2.

⁶ E.S. Gatti, *op.cit.*, p. 63.

⁷ A. Fight, *op.cit.*, p. 20.

⁸ *Ibidem*, p. 11.

⁹ *Ibidem*, p. 12.

either via equity ownership or management contracts¹⁰. The project sponsor generally brings management, operational, and technical experience to the project. The project sponsor may be required to provide guarantees to cover certain liabilities or risks of the project¹¹.

As we can see, the complexities of project finance are such that the project parameters and interrelations need to be managed within a clear framework, which is formalized via contracts. Project finance can therefore, be subject to numerous subcontracts within the overall framework of the project financing.

Each project finance participant has a different perspective on risk, often based on the role it is playing in the overall project financing structure. This perspective will obviously impact the participant's appetite for risk. The view of risk moreover is subjective and based not only on economic factors but on characteristics relating to the financial condition of the participant. A particular risk, event or condition that is unacceptable to one party may be considered manageable and routine by another. The identification of risks and knowledge of the participants is therefore, essential if a project financing is to be assembled successfully. Since this paper is primarily focused on lender's direct agreements, we will therefore consider the risk from perspective of a lender as a participant in a project financing.

The lender is generally concerned with the economic value of the project legal adequacy and enforceability of the contracts in a loan workout scenario. Overall, the lender attempts to structure financing that ensures all costs before construction completion are without recourse to lender for additional funds. Moreover, that the contractor satisfies performance guarantees, as evidenced by performance tests. There is recourse to other creditworthy project participants for delay and completion costs if the project is abandoned and if minimum performance levels are not achieved. There are predictable revenue streams that can be applied to service debt. The revenue streams are long term, from a creditworthy source and in an amount that covers operating costs and debt service (e.g. an off-take agreement). The project maximizes revenue while minimizing costs, complying with environmental laws (or lobbying to obtain exemptions) to maintain long term viability.

Since typically the lenders will have no recourse to assets of the project company (other than the project assets) and will look primarily to the cash flow generated by the project to repay loans to the project company, it is therefore essential that lenders ensure that valid and effective security interests are taken over all the project assets¹². Moreover, it is essential that lenders fully understand the local legal system and how enforcement of security may not be as satisfactory as that in their own home systems. If problems do arise with the project and the lenders are forced to pursue their security interests then, in the absence of any shareholder guarantees or other tangible support, the enforcing of their security over the project assets will be the only opportunity for the lenders to recover their loans.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*, p. 73.

Lender's direct agreements

As we can see, well-structured legal relationship is of paramount importance in project financing. The nature of project finance is such that the list of project contracts is a closed one, in theory. In fact, the project company cannot have any relationship or responsibility that is not strictly associated with structuring the project finance, in financial and legal terms¹³. Lenders are not parties to these contracts but acquire certain rights as regards these agreements through the security documents (either by pledging or assigning the credits deriving from these contracts by way of security).

Where the lender wishes to take the collateral benefits to other agreements and contracts, it may be necessary for it to become a party to security documents. Naturally, the lender wishes to pick up all the rights and interests without any obligations. That is seldom possible. For instance, to establish a legal charge over a borrower's interest under the unincorporated joint venture (UJV), the banks will seek to step into the rights of their borrower in the UJV¹⁴. However, under the cross-charging provisions in a typical UJV, each party charges the others' revenues to pay operating costs that have not been paid by the other parties – a double-edged sword¹⁵. Thus, in project finance like in any other transaction there is no absolute solution in establishing security that would cover lender's interest completely. Nevertheless, in project finance transactions over 30 years banks have been parties to specific security arrangements that are called 'direct agreements'¹⁶.

Direct agreements are recognized as a normal part of a project security package in standard practice. Most of these contracts, and the most substantial part of the contents of each, address situations where the project is in difficulty. As such, these agreements are part of the security package¹⁷. Though direct agreements do not technically constitute security interests, the function of these agreements is strictly related to that of security interests and remedies available to lenders in case of a crisis of the project. Understanding these agreements is essential to getting a true picture of the project in case of default as well as lenders' step-in rights.

As it was mentioned in the introduction, project finance risks are highly specific and it is essential that participants such as commercial bankers, investment bankers, general contractors, subcontractors, insurance companies, suppliers and customers understand these risks since they will all be participating in an interlocking structure. These various participants have differing contractual obligations, and the resultant risk and reward varies with the function and performance of these various parties¹⁸. Ideally, the debt servicing will be supported by the project cash flow dynamics as opposed to the participants, who at best provide limited coverage.

¹³ E.S. Gatti, *Project Finance in Theory and Practice*, Elsevier 2008, p. 240.

¹⁴ R. Tinsley, *Advanced Project Financing: Structuring Risk* (2nd Edition), Euromoney Books 2014, p. 384.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ G.D. Vinter, *Project Finance* (3rd Edition), Sweet & Maxwell 1998.

¹⁷ E.S. Gatti, *op.cit.*, p. 272.

¹⁸ A. Fight, *op.cit.*, p. 1–2.

A project is financed without recourse not because it has an existing credit capacity, but because the initiative is set up to be bankable in light of particular conditions on the basis of the project finance technique¹⁹. Project operations and the resulting revenues are the only source of loan reimbursement. If these are threatened, the chances of paying back the loan exclusively with the project company's resources are likewise jeopardized. Thus, due to the peculiarities of project finance, lenders find themselves in a rather weak position in the face of financial difficulties that the project company may come up against. This is true despite the impressive system of contract solutions and security interests that lenders can rely on. Since banks are not generally equity risk takers, the means available to enhance the credit risk to acceptable levels are limited, which results in higher prices. This also necessitates expensive processes of due diligence conducted by lawyers, engineers and other specialized consultants²⁰.

Direct agreements emerge as the concrete solution available to lenders in case the project faces a financial crisis. Direct agreements are contracts executed directly by the lenders and the key counter parties to the project agreements. Like reserved discretions, direct agreements can be numbered among the legal instruments that lenders use to reserve the right to interfere directly in the relationship between the project company and third parties²¹. Bearing this out, customarily the third party in direct agreements recognizes that the project company is given certain discretions in the contract in question that are subject to the control or approval of lenders.

Typically, the purpose of direct agreements is twofold: to safeguard the project agreements, on one hand, and to establish a sort of lenders' right to „takeover” these agreements on the other²².

Moving to the first one it is essential to address the question of bankability. In order for an investment initiative to be structured on the basis of project, one requirement is a bankable project contracts. In other words, these contracts must be compatible with the goals and the features of the financing, in economic and legal terms. The project has to be „structured” on the basis of contractual relationships having certain distinctive legal and economic features, which have to protect the project company and its expected revenues. If the project agreement system adequately safeguards these expectations, the project is a suitable candidate for project finance. On the other hand, losing project contracts (which can happen in case of termination due to default by the project company) means jeopardizing the bankability of the project.

This explains why lenders want to be able to intervene directly with respect to third parties to project agreements if the project company risks losing these contracts due to its own nonperformance or for any other reason. Provisions in the project contract to which the direct agreement in question refers have the purpose of mitigating the risk of termination because of default by the project company. In addition to these, the direct agreement normally gives lenders the right to be informed directly about any

¹⁹ E.R. Yescombe, *Principles of Project Finance*, WoltersKluwer 2007, p. 134.

²⁰ A. Fight, *op.cit.*, p. 45.

²¹ B.J. Dewar, *International Project Finance – Law and Practice*, Oxford 2011, p. 158.

²² E.S. Gatti, *op.cit.*, p. 241.

circumstances that would justify terminating the contract. Lenders are also entitled to intervene to remedy the default situation to prevent termination of the relevant contract. In some instances, this contract may go so far as to include the possibility of nominating an additional party who would assist the project company in contract execution and take on the relative obligations, on either a temporary or permanent basis²³.

Clearly, these rights can be explained in the context of a critical situation for the project company. Lenders reserve the option to help the project company overcome such a contingency rather than allowing the crisis to deepen and cause the project irreparable damage.

The second function of direct agreements relates to the enforcement of security interests, which can be explained in the context of a characteristic feature of project finance: step-in rights of project lenders. Under certain conditions specified in the direct agreements, lenders can replace the project company with a third party as counter party to the project agreements²⁴. These conditions usually entail circumstances that would justify terminating the relevant contract due to default by the project company or situations that would entitle lenders to enforce their security interests²⁵.

The purpose of these provisions is clear: Lenders reserve the right to replace the project company with a different party in the project contracts both to prevent the possibility that a default by the project company may trigger termination and to take control of the project if the need should arise. This would be the last possible resort in the face of a financial crisis. Lenders demand the right unilaterally to „divest” the project company of the project agreements. This occurs in light of the possibility that lenders may find themselves forced to dispossess the borrower from the entire project to take over control and operations.

Lender's direct agreements and security interest

As we can see, a project is financed without recourse not because it has an existing credit capacity, but because the initiative is set up to be bankable in light of particular conditions on the basis of the project finance technique. Project operations and the resulting revenues are the only source of loan reimbursement. If these are threatened, the chances of paying back the loan exclusively with the project company's resources are likewise jeopardized.

Due to the peculiarities of project finance, lenders find themselves in a rather weak position in the face of financial difficulties that the project company may come up against²⁶. This is true despite the impressive system of contract solutions and security interests that lenders can rely on. With corporate financing, there is a clear and unquestionable logic behind loan acceleration. If an event of default occurs that lenders deem sufficiently serious, acceleration allows them to collect their due from the borrower's

²³ B.J. Dewar, *op.cit.*, p. 250.

²⁴ *Ibidem*, p. 253; A. Fight, *op.cit.*, p. 50; E.R. Yescombe, *Principles...*, p. 134.

²⁵ E.S. Gatti, *op.cit.*, p. 272.

²⁶ *Ibidem*, p. 273.

resources in advance, before these funds are lost or paid out to other creditors²⁷. In other words, we can say that in normal situations, the borrower has the capacity to repay its debts, or, in other words, its financial resources are greater than its debt vis-à-vis the lenders. Consistent with this, the contractual system of the financing includes provisions that allow lenders periodically to monitor this situation.

In project finance, the acceleration solution is an illusory one. Most of the project company's resources are applied in repayment of the loan. The account structure mechanism is well suited to ensuring that liquidity available to the project company is channeled to repay lenders, except that which covers the costs essential to the survival of the project and the company. Acceleration of the loans does not generate the financial resources needed to repay the loan, and the project company does not have any reserve funds that it would have to pay immediately to lenders in case of acceleration²⁸.

The option of enforcing security interests is also illusory, if taken in the traditional sense. To benefit from security means to have the right to sell the secured item and keep the proceeds of the sale. The beneficiary of security has priority over the asset and then proceeds from the sale of the asset itself. All this makes sense if the security in question has its own independent value and was secured based on that value. In project finance, the perspective is completely different. Security is created on everything that has to do with the project²⁹. The project has value only if it is up and running and can generate revenues, which are used to repay the project loan and to compensate sponsors. The individual economic value of the assets that are subject to security, if not negligible, is by no means commensurable to the amount of the loan. And this value shrinks even more if the project defaults, which is precisely when the question of enforcement comes in to play.

These are the reasons why step-in rights emerge as the concrete solution available to lenders in case the project faces a financial crisis. By means of the legal instruments provided in the finance documents (security documents and direct agreements), lenders are entitled to take control of the project to remedy or make arrangements to remedy the causes of the default situation, as far as possible. In the first and most common situation, this is implemented by appropriating voting rights relating to secured shares and replacing the board of directors, enforcing the security on the shares themselves, and, if necessary, taking ownership of the project company's share capital³⁰.

If lenders have completely lost control of the situation and the project company is subject to insolvency procedures, their position becomes more complicated. In this case, the security created directly over the company's assets takes on vital importance³¹. Step-in will probably be carried out by means of an agreement with the administrator in bankruptcy. The lenders represent most of the company's debts, but at the same

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 274; D.F. Pretorious, *op.cit.*, p. 155.

³⁰ E.S. Gatti, *op.cit.*, p. 274.

³¹ G. Vinter, *op.cit.*, p. 149–150; P.R. Wood, *Project Finance, Subordinated Debt and State Loans*, Sweet & Maxwell, London 1995, p. 32.

time they have security interests on almost all the company's assets. Therefore, both in practice and in legal terms, they find themselves in an extremely peculiar position vis-à-vis the insolvency procedure underway. Step-in rights provided for in the direct agreements again prove useful if a third party buys or rents the plant from the insolvency procedures, most likely with the lenders' consent. In this kind of situation, the project agreements can be assigned to the new plant operator and the project will have safeguarded some of its value. Only if there are no other possible solutions are security interests enforced in the traditional sense. Every single asset is sold for the highest possible price. But it is hard to imagine this kind of situation ever arising in the real world, since lenders are the ones who are most keen to avoid bankruptcy procedures for the project company.

Further, although, the direct agreements provide many controversies, this issue is even more complex if we consider the presence of local and regional self-government entities in the project finance transactions. Typically, public entities would participate in projects based on project finance in the form of public-private partnerships (PPP)³².

Encouraging investors to use project finance for PPP projects may bring benefits to the public entities. For instance, the local entity may benefit from the independent due diligence and control of the project exercised by the lenders, who will want to ensure that the project is viable, and that all obligations to the local entity can be safely fulfilled. Project-finance techniques are based on risk allocation, and so this due diligence fits well with the overall philosophy of risk transfer which is one of the arguments for PPPs³³.

The involvement of third parties, especially lenders and their advisers, in a PPP structure, should therefore mean that a rigorous review of the risk transfer is carried out, and any weaknesses exposed, before the local entity has made a commitment to go ahead. However, this is only one side of the coin. It must be borne in mind that lenders will always want to ensure that project risks are taken primarily by subcontractors or the local entities rather than the project company, and so their objectives are not the same as those of the local entity. Moreover, lenders are frequently used as proxies by sponsors to re-open PPP contract negotiations³⁴. In addition, once a PPP contract has been signed, project-finance lenders exercise continuing controls on the activities of the project company, thus helping to ensure that the requirements of the PPP contract are fulfilled. This control is typically fulfilled through the direct agreements described above³⁵.

Direct agreements are the basis for direct relations between the parties and also govern the mutual communication concerning the progress of the project, grounds for termination of PPP contract by a public entity or finally the parties obligations to take or refrain from certain actions³⁶. For instance, these agreements could impose

³² E.R. Yescombe, *Public-Private Partnerships, Principles of Policy and Finance*, Elsevier 2007, p. 2.

³³ *Ibidem*, p. 120.

³⁴ *Ibidem*, p. 121.

³⁵ E.S. Gatti, *op.cit.*, p. 274.

³⁶ E.R. Yescombe, *Public...*, p. 113; D.F. Pretorious, *op.cit.*, p. 239.

the obligation on public entity to refrain from termination of PPP contract within the specified time, while the lender will try to remedy the consequences of default. What is more, the total income means all long-term obligations even if there are not due in that year. However, direct agreements could be shamefully long³⁷. There are examples of direct agreements which are longer than project agreements to which they relate. Thus, the shorter the agreement the more likely is to be acceptable by a third party and to the extent that some superfluous bells and whistles can be removed from the draft document which is sent to the third party, and the easier the negotiation process will be.

Conclusion

As far as banks are concerned, a direct agreement can be said to perform both a defensive and an aggressive function. It performs a defensive function as it protects the banks against a precipitous termination of a project contract by the other contracting party. On the other hand, it allows the banks to seize control of the project company's rights under the project contract.

It could be argued that the practical value to the lenders of many of the provisions of direct agreements is questionable. Moreover, third parties, especially in the public sector, are often reluctant to sign such agreements due to risk allocation. The project company clearly has little interest in them, since the direct agreements effectively cut the project company out of the picture once it is in default and create a direct relationship between the lenders and the project contract counterparts. However, from the lenders' point of view probably the most important point is that the real value of their security lies in the project contracts, and direct agreements may help them to step rapidly into the picture after a project company default to preserve these contracts and find another party to take them over.

Further, direct agreements involving local and regional self-government entities could play an essential role not only in securing lender's interest but also in developing PPP. This is because the aim of these agreements is to ensure that the underlying project document remains in place throughout financing and the local entity keeps performing even if the project company defaults or the bank enforces its security.

To conclude, despite the abovementioned controversies, direct agreements continue to play a vital role in a lenders' security package, and with some critical thinking from the lender, borrower and local entity at an early stage, the process of obtaining them can be made fairly painless and beneficial.

³⁷ G. Vinter, *op.cit.*, p. 276.

Rola pożyczkodawcy w umowach bezpośrednich w ramach transakcji finansowania projektu. Czy instytucje finansowe mogą skutecznie chronić się przed nieprzewidywanymi zdarzeniami

Zarządzanie ryzykiem jest jednym z kluczowych zagadnień w przygotowaniu i realizacji projektów partnerstwa publiczno-prywatnego. W szczególności ogromne znaczenie ma kwestia związana z zarządzaniem ryzykiem podjętym przez banki finansujące projekt. Jednym z instrumentów pozwalających bankom uniknąć nieprzewidywanych okoliczności w ramach project finance są umowy bezpośrednie (direct agreements), które dają bankom możliwość przejęcia kontraktów spółki SPV w razie istotnego zagrożenia ich realizacji, w celu znalezienia szybkiego rozwiązania problemu bez konieczności wypowiedzenia umowy (step-in rights). Ma to tym większe znaczenie, biorąc pod uwagę fakt, iż w ramach project finance, gdzie często zaangażowane są znaczne kapitały, cała transakcja opiera się na przepływach pieniężnych z ukończonego projektu, a nie środkach finansowych inwestorów. W związku z tym, banki poprzez umowy bezpośrednie, które określają zakres odpowiedzialności stron, zapewniają sobie kontrolę nad przebiegiem transakcji. Efektywnie sprawowana kontrola prowadzi zaś w rezultacie do stabilności finansowej projektu.

Słowa kluczowe: zarządzanie ryzykiem, partnerstwo publiczno-prywatne, kontrakty, umowy bezpośrednie

Anastazja Niedzielska¹

Modern Surrogacy: Quick Review

Abstract:

Since the mid-1970's, but mainly in last two decades, gestational surrogacy has attracted attention of couples and individuals, who cannot or do not want to have the children of their own. Although from the medical point of view the procedure is not complicated, there are many ethical and legal reasons, that make the surrogacy practice strictly prohibited in numerous countries. Also, the impact of no legislation is considered, as there still exist countries, where surrogacy law is not regulated. This paper presents underlying motivation and consequences of certain legal solutions to discuss surrogate motherhood practice and surrounding problems and to raise the question of the development model that should be promoted at global level.

Key words: gestational surrogacy, family law, civil law, penal law, European Convention on Human Rights

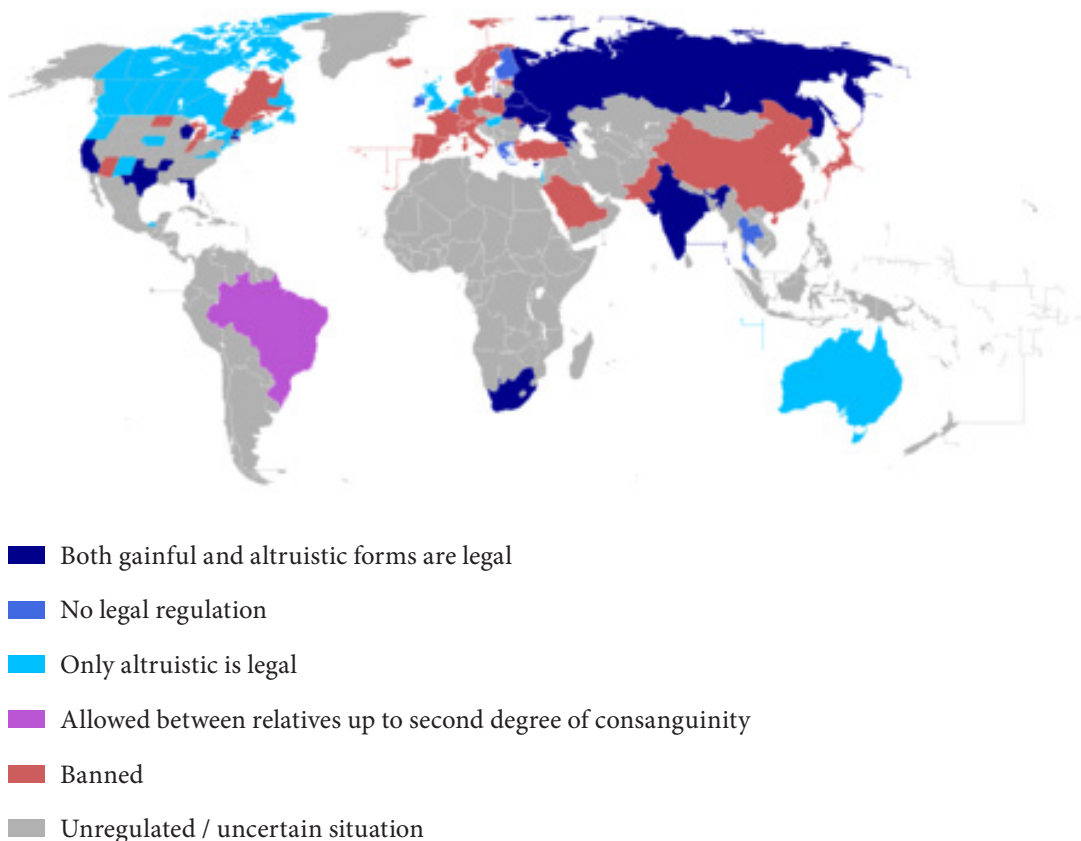
Introduction

Since the mid-1970's, but mainly in last two decades, gestational surrogacy has attracted attention of couples and individuals, who cannot or do not want to have the children of their own. Although from the medical point of view the procedure is not complicated, there are many ethical and legal reasons that make the surrogacy practice strictly prohibited in numerous countries. Let us alone mention Germany or France. Nevertheless, there exist several legal systems, like the Ukrainian one, that approve surrogacy, both commercial and altruistic arrangements. There are also countries (e.g. Canada) that recognize only a non-commercial form of surrogacy. Moreover, there is a bunch of countries or states, which allow also brokering agencies to act in this field.

¹ Author is PhD student at Law Faculty of Jagiellonian University.

This paper presents underlying motivation and consequences of certain legal solutions. Three different approaches to surrogacy are outlined: a complete ban, the legality of commercial arrangements and a moderate approach. Advantages and disadvantages of each approach are discussed. Also the impact of no legislation is considered, as there still exist countries, where surrogacy law is not regulated.

FIGURE 1. LEGAL REGULATION OF SURROGACY IN THE WORLD



Reference: <https://en.wikipedia.org/wiki/Surrogacy>

Although surrogate motherhood is often considered as a highly advanced technological process, it has been practiced in ancient times. See for instance infertile Sarai's or Rachel's cases². Moreover, for many years it has been a commonly accepted praxis in Arabic culture, as the consequence of the priority of particular family's interests³.

Over the years, surrogate motherhood became more approvable in Western societies. The reasons why public authorities allow contracts between surrogate mothers and intended parents, are quite similar to the ancient ones. People want to have their own offspring. Without strict regulations, desperate mothers and fathers aim for having

² Genesis 16:1–16, 30:10–12. New American Standard Bible.

³ F. Rahman, *A Survey on Modernization of Muslim Family Law*, International Journal of Middle East Studies 1980, Vol. 11, No 4 (Jul.), p. 451–465, <http://www.jstor.org/stable/163177>, 06.12.2015.

children with illegal means. Consequently, the need for appropriate legal control is crucial to avoid the spread of black market practices, e.g. unlawful adoptions.

The aim of this paper is to discuss surrogate motherhood practice and surrounding problems, taking into consideration worldwide regulations.

Firstly, the objective scope of surrogacy is specified. In this paper the surrogacy contract is regarded as an agreement between host (a surrogate mother) and intended parent(s). A surrogate mother agrees to get pregnant and, after childbirth, she delivers the child to the couple (or to an individual), who want to become legal parents of the child. Basically, there exist two types of surrogacy: gestational surrogacy and traditional one. Gestational surrogacy means that intended parents decide to undergo an in vitro fertilization procedure or create an embryo (still with IVF) from cells of anonymous donors. In the effect, child is genetically unrelated to surrogate mother. In traditional surrogacy, a surrogate is genetic mother of a child, as host is egg donor.

In every configuration there exists a major problem of the child's family status. There are numerous cases considered by the European Court of Human Rights that issues guidelines for asserting the child's rights. The most significant Court's judgements (e.g. *Paradiso and Campanelli v. Italy*⁴, *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*⁵, *Menneson v. France*⁶) are discussed. Also, the most influential cases from U.S. jurisdiction are analyzed. Let us alone mention *Baby M.* case⁷ or *Johnson v. Calvert*⁸.

The paper focuses on the child's best interest, as the leading factor that is always mentioned in every decision in „surrogacy cases“. Ethical background of the issue is presented, and medical and sociological factors, that can be decisive for infertile couples or individuals, are described.

Human embryo status is discussed with the reference to the idea of surrogacy. Description of the host's and intended parents' terms in surrogate contracts is given, including the right to privacy and the subjectivity of the child.

The work is finished with conclusion, that not only evaluates each statutory approach, but also raises the question of the development model that should be promoted at the global level.

⁴ Case of *Paradiso and Campanelli v. Italy* (Application no. 25358/12), 27th Jan 2015, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150770#%7B%22fulltext%22:%5B%22paradiso%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-151056%22%5D%7D>, 26.06.2016.

⁵ Case of *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg* (Application no. 76240/01), 28th June 2007, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150770#%7B%22fulltext%22:%5B%22wagner%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-81328%22%5D%7D>, 26.06.2016.

⁶ Case of *Menneson v. France* (Application no. 65192/11), 26th June 2014, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150770#%7B%22fulltext%22:%5B%22menneson%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-145389%22%5D%7D>, 26.06.2016.

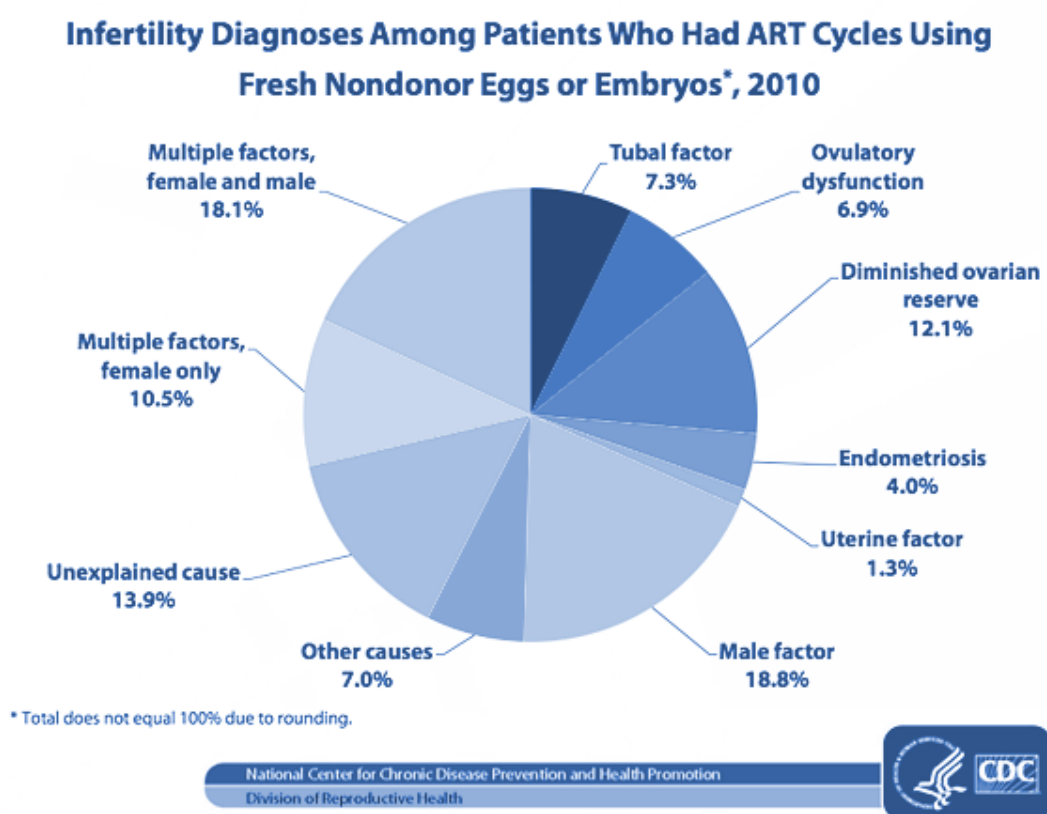
⁷ *In Re Baby M.* 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 1988), [//wps.prenhall.com/wps/media/objects/3956/4051565/law_cases/ch_16/In_re_Baby_M.pdf](http://wps.prenhall.com/wps/media/objects/3956/4051565/law_cases/ch_16/In_re_Baby_M.pdf), 26.06.2016.

⁸ Case of *Johnson v. Calvert*. Cal. Sup. Ct., 5 Cal4th 84, 851 P.2d 776 (1993), <http://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/5/84.html>, 26.06.2016.

Surrogate motherhood – reasons of practice

Although surrogate motherhood was differently practiced in ancient times (a childbirth on intended mother's knees compared to Assisted Reproductive Technologies [ART] in the 21st century), the aim of this practice remained the same throughout history. People tend to have genetically related offspring of their own. The reasons why they make arrangements with surrogate mothers, are mainly medical conditions. Inability to reproduce in a natural way is caused by male, female or combined infertility. There are also cases of unexplained infertility (20% of the matter⁹).

FIGURE 2. INFERTILITY DIAGNOSES AMONG PATIENTS WHO HAD ART CYCLES USING FRESH NONDONOR EGGS OR EMBRYOS, 2010



Reference: <http://www.fertility-docs.com/patient-resources/art-assisted-reproductive-technology-success-rates.php>

Sterility differentiates from infertility. The first one mentioned is a medical condition of being absolutely unable to have a child, while the other one can be treated effectively. There exist various infertility therapies (pharmacological, surgery, ART, including IVF),

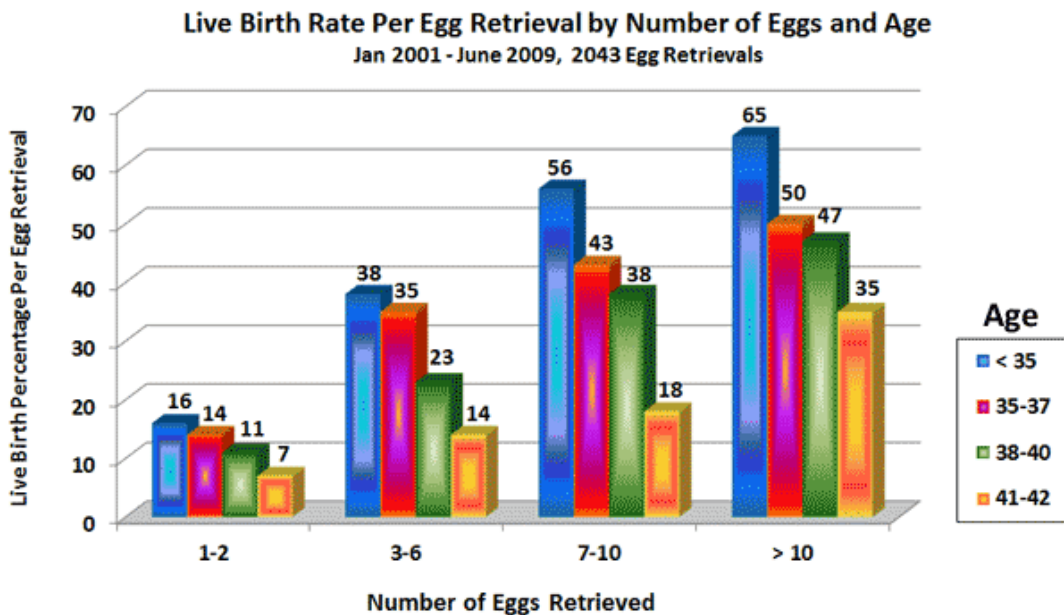
⁹ W. Kuczyński, R. Kurzawa, P. Oszukowski, L. Pawelczyk, R. Poręba, S. Radowski, M. Szamatowicz, S. Wołczyński, *Rekomendacje dotyczące diagnostyki i leczenia niepłodności*, <http://spin.org.pl/wp-content/uploads/Post%C4%99powanie-z-niep%C5%82odn%C4%85-par%C4%851.pdf>, 26.06.2016.

but they are not always effective. In that point a couple or an individual can end their efforts, adopt a child or find a surrogate mother. The similar solution is often encountered by women who do not want to bear a child for different reasons than medical ones. There is a number of individuals that do not attempt to have a break in their career, are afraid of pregnancy or a childbirth, or simply wish to stay in shape (e.g. Sarah Jessica Parker and her twins). Despite their distinct motivation, there is a growing number of people, who decide to have a baby with a host's help.

If one decides to become a surrogate mother or intended parent, they should acknowledge the health risk of certain medical procedures. In gestational surrogacy it is usually necessary to undergo IVF. For women, it is more perplexing sequence, that requires going through fertility drug therapies to accumulate substantial amount of egg cells. To avoid aggressive pharmacological stimulation, intended parents can use (usually anonymous) donors' reproductive cells. Third party reproduction is also required when individuals cannot produce gametes of their own. Nevertheless, the ovum is fertilized by partner's or donor's sperm. Then embryo transfer is processed to establish pregnancy.

In traditional surrogacy (also known as partial surrogacy), only partner's (homologous insemination) or donor's (heterologous insemination) reproductive cells are transferred to surrogate mother, who is a genetic mother as well.

FIGURE 3. LIVE BIRTH RATE PER EGG RETRIEVAL BY NUMBER OF EGGS AND AGE



Reference: <http://www.advancedfertility.com/eggspregnancyrates.htm>

Family Law – references, family status, the right to know one's own identity

Until now, the roman principle *mater semper certa est* have been as valid as in ancient times. However, the progress of assisted reproductive technology made it no longer

in use. Therefore, some countries effectuated new regulations. So, the principle *mater est quam gestatio demonstrat* is still valid in Poland, Australia or Canada (Quebec).

The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (widely known as The European Convention on Human Rights – ECHR) in Article 8.1. states a right to respect „private and family life”. However, Article 8.2. allows the parties (public authorities) to interfere with the exercise of this right „in accordance with law” and „necessary in a democratic society”, for example „for the protection of health or morals”. It means that every ECHR signatory may decide whereas IVF procedures or surrogacy contracts are permitted in its country. Both of them, IVF and surrogacy procedures, enhance the right to family life. But due to the morals protection or public interests, they can be limited by public authority of each country. That is why France banned every form of surrogacy practice. In this point, the case of *Mennesson v. France* is worth mentioning. Mrs. Sylvie Mennesson was infertile, therefore she went to California. After successful embryo transfer (Mr. Dominique Mennesson, the husband of Mrs. Mennesson was the sperm donor) and their children’s births, they came back to France. The children, Valentina and Fiorella were registered, but then the registration was cancelled. Mr. and Mrs. Mennesson appealed several times unsuccessfully. The negative decisions were based on bypassing French legal system by the couple. Twins’ registration would have meant the permission for surrogacy practice, courts argued. French authorities mentioned that the lack of registration had not violated family relations in the case; the children stayed with their parents, etc. The Mennessons appealed to ECtHR due to the violation of Articles 8 and 14 of Convention. The daughters did not have French citizenship, that should have been given if one of parents had it. In this case, legal parenthood was not legitimate, thus the citizenship was not conferred. Moreover, their legal situation was unclear, they faced numerous problems with state offices. Without legitimate parenthood, less benign inheritance model would be considered. Furthermore, the complainants accused France of their children discrimination (in comparison with other children in France). ECtHR stated that, similarly to the case of *X, Y, Z v. United Kingdom*, state cannot deny the parenthood of the couple, that actually raise the child, conceived by IVF. Besides, likewise to the case of *Wagner and J. M. W. L. v. Luxembourg*, judges pointed out the existence of the actual family relationship. Due to this long-lasting relationship between the Mennesson couple and their daughters, ECtHR could have considered the violation of Article 8. The Court stated that there was public authorities’ interference in Mennesson family law, though it was legal and served for reasonable public interests. Surrogacy practice is a delicate issue and there is no consensus among European countries. ECtHR emphasized that members of The Council of Europe had political autonomy in the range of surrogate motherhood practice and ensuing filial relationship. Notwithstanding, European court stressed that country’s autonomy could be restricted when it affected the right of one’s own identity. Therefore, the Court emphasized the separations of complainants’ claims. There is a difference between the violation of parents’ and children’s rights. ECtHR did not recognize parents’ rights violation. However, the judges deemed the children’s claims valid. In the Strasbourg Court’s view, the barriers erected by French parliament

limited Mennessons' rights in a reasonable way. Nevertheless, the limitation of children's rights violated Article 8. The respect for personal integrity means that everyone should have the right to know their own identity. The lack of French birth certificates made Valentina and Fiorella insecure about the sense of own identity. On the one side, children were registered in the USA, while in France their family status was unsure. It meant that French authorities had breached the right to know their own identity (in French society), the Court concluded. ECtHR pointed out the children had French father. Therefore, according to his country law, it was enough to obtain French birth certificate. The lack of certificates infringed the paragraph 1 of Article 8. Although this regulation does not guarantee the citizenship for every European, it includes a nationality as the part of the identity of every person. Strasbourg Court stressed that it is obvious why country's law inhibited the recognizance of foreign birth certificates. If French legislator was against the surrogacy practice, then it should have brought the consequences of the ban. This is why the French courts' decisions should have affected the Mennesson couple. French attitude towards the parents was appropriate, the Court summarized. On the other hand, the same attitude towards the children (even though they had been born by a surrogate mother) was unacceptable, the Court concluded. The best interest of the child was not considered as the greater good. The violation of children's private and family life was intensified, as Dominique Mennesson was their biological father. The negation of biological filiation deprives the sisters of their rights. Not only did France deny Californian birth certificates, but also refused the adoption and acknowledgement of paternity. This case showed that the rights' limitation was exaggerated. Although adjudged compensation was relatively small, the sentence opened the possibility of surrogate children recognition. The similar judgement was given in case of *Labassee v. France*¹⁰. Furthermore, in cases *Odièvre v. France*¹¹ or *Jäggi v. Switzerland*¹² the Court signaled that the children born after ART have the right to find personal identity and it is more essential than the autonomy of anonymous cell donors. There are also medical reasons for this assertion. The prohibition of incestuous dealings must be supported by the possibility of knowing one's identity.

However, personal identity and civil status cannot be confused with its emanation in vital record. Civil status is a person's legal condition. It includes the one's name, filiation and marital status. Civil status is indivisible, non-negotiable, non-transferable and non-heritable. Civil status belongs to family law and has two aspects. One of them concerns marital status, the other one – filial status. As long as civil status is indivisible, it cannot be divided by surrogate mother and intended one, even if the last mentioned is genetic mother as well. Civil status can be obtained *ex lege* and it is forbidden

¹⁰ Case of *Labassee v. France* (Application no. 65941/11), 26th Jun 2014, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-145180%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-145180%22]}), 26.06.2016.

¹¹ Case of *Odièvre v. France* (Application no. 2326/98), 13th Feb 2003, <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-698999-707368&filename=003-698999-707368.pdf>, 26.06.2016.

¹² Case of *Jäggi v. Switzerland* (Application no. 58757/00), 13th Jul 2006, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1019533&Site=COE>, 26.06.2016.

[in continental legal system] to modify one's filial status in a contract way. Even if the blood bonds are „transferred” with DNA, intended mother's genetic filiation does not make her a legal mother of a surrogate mother's child. Filial relationship is intertwined with one's birth. Therefore, commissioning mother does not have the right to have a parental responsibility over born child.

At that point, best interests of a child as decisive factors in ethical disagreements and in „surrogacy” litigations should be discussed. To excogitate all aspects of the issue, case *Paradiso and Campanelli v. Italy*¹³ is worth mentioning. In this case ECtHR decided that all regulations and decisions shall consider the best interest of a child. Although a child of Paradiso and Campanelli couple stayed with a different family (the baby was under their care for 2 years), the Court concluded that there was an Article 8 violation. Removing the child from the Italian intended parents violated their right for the family life. The Court's reasoning left opened a possibility of adopting „surrogate” children.

The ECtHR decision is even more ground-breaking, as the international law does not pertain to the exact ways of setting the parental affiliation. However, the European Convention on the Legal Status of Children Born out of Wedlock relate to paternal and maternal affiliation, recognition, denial and contesting of paternity. Pursuant to Article 2 of the Convention maternity shall be established only on the fact of the birth. The maternal affiliation allows parties to establish a paternal affiliation. This guideline proves that biological bond reasserts family ties. To reinforce these regulations, Article 7 of the Convention on the Rights of the Child demands the registration of all the newborns. According to this norm everyone has right to know their own identity.

Similarly, International Covenant on Civil and Political Rights (Article 24) also requires the registration of every child. Similarly, it establishes the right to have a name. To sum up, all international conventions express the importance of the child's right to know their own identity. The right outweighs general family's interest. This statutory approach however cannot be adequately supervised and controlled. It should be noticed that there is not many prosecution action for breaches of such laws¹⁴.

Subject of the contract

It is hard to precise the subject of a surrogacy contract. There are several theories that say the subject is a gestational service or an adoption. Due to the counter theory, a child comprises the subject. Based on this statement, surrogacy contract should be illegal. No human being can be a subject of contract. Otherwise surrogacy would lead to human trafficking. According to the UN Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children or Council Framework Decision 2002/629/

¹³ Case of *Paradiso and Campanelli v. Italy* (Application no. 25358/12), 27th Jan 2015.

¹⁴ See also: Family Law Council (Australia), *Report on Parentage and the Family Law Act*, Dec 2013, p. 86, <https://www.ag.gov.au/FamiliesAndMarriage/FamilyLawCouncil/Documents/family-law-council-report-on-parentage-and-the-family-law-act-december2013.pdf>.

JHA of 19 July 2002 on combating trafficking in human beings, such actions are considered as crimes. However, surrogacy cannot be considered as a criminal act against freedom. Otherwise than dignity, this legal good applies only to persons. International law does not view a human embryo as a person. Even if an embryo does have a dignity, it does not have freedom.

On the grounds of The Catholic Church definition: „Freedom is the power, rooted in reason and will, to act or not to act, to do this or that, and so to perform deliberate actions on one’s own responsibility. By free will one shapes one’s own life”¹⁵. It is clear that a human embryo does not have will nor reason. That is why it cannot have the power to decide to act.

Let us recall the subject of the contract; the gestational service should be discussed. The last one is impossible without the delivery of the child to the intended parents. Redefining the object, the specified pregnancy and the labor can comprise the objective scope of the contract. This definition makes the contract legal in line with international law.

At this point the surrogate mother’s obligations and her right to privacy should be considered. As a matter of principle, every woman has a sole right over what to do with her own body. In consequence, she can receive gametes or zygotes, but it does not mean that she can be obliged to gestational service afterwards. However, a question arises: when the pregnancy contract is valid?

Some countries banned those indentures completely. Let us alone mention France (e.g. *Mennesson v. France*), Spain or Germany. The last one delegatized the contract due to the possible surrogate mothers’ exploitation. It is true that people in bad economic condition are sometimes forced to take certain job offers. They would not have accepted them if not their financial standing. It is well known that some women decide to become surrogate mothers because of their economic position. Sometimes young mothers cannot provide for their own children. To support financially their families, they choose to be paid for bearing a child for someone else.

Nevertheless, during pregnancy, maternal bond between child and mother often develops. Sometimes it is so strong that surrogate mother refuses to pass the child to intended parents. Even if baby is unrelated genetically to surrogate mother, she sometimes changes her decision. It is not expected that surrogate will not have any feelings for the child she carries. The decision made at the beginning of the pregnancy may change. The latter delivery of the child may affect the woman’s sanity¹⁶. That is why the surrogate mother’s obligation should not be unconditional.

For instance, in some US states (e.g. Illinois) surrogacy contracts are not typical agreements. A good example that illustrates the problem is *The Baby M.* case¹⁷.

Mary Beth Whitehead was artificially inseminated with semen of the intended father, Mr. David Stern. For fee of \$10,000 she got pregnant and become biological and genetic mother of a child. Mrs. Whitehead agreed to surrender the baby for his father and be separated from the child. When she carried to term, she turned the child

¹⁵ Article 3 of the Catechism of the Catholic Church.

¹⁶ R. Ali, R. Kelley, *Matki nie swoich dzieci*, Newsweek Polska 2008, nr 16, p. 84–85.

¹⁷ In Re Baby M. 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 1988).

over to the Sterns. However, Mrs. Whitehead started to feel terribly sad and desperate. Surrogate mother came to intended parents' house and threatened them with a suicide, unless they give her the daughter. She escaped with the infant and refused to give her back. David Stern filed a complaint seeking enforcement of the surrogacy contract. He also wanted to obtain a custody over the child. Finally, with the Police's help, he found Mrs. Whitehead and took the daughter. After a long trial with many interlocutory appeals, the Court came to the following conclusion:

We invalidate the surrogacy contract because it conflicts with the law and public policy of this State. While we recognize the depth of the yearning of infertile couples to have their own children, we find the payment of money to a „surrogate” mother illegal, perhaps criminal, and potentially degrading to women. Although in this case we grant custody to the natural father, the evidence having clearly proved such custody to be in the best interests of the infant, we void both the termination of the surrogate mother's parental rights and the adoption of the child by the wife/stepparent. We thus restore the „surrogate” as the mother of the child. We remand the issue of the natural mother's visitation rights to the trial court, since that issue was not reached below and the record before us is not sufficient to permit us to decide it de novo (...). We find no offense to our present laws where a woman voluntarily and without payment agrees to act as a „surrogate” mother, provided that she is not subject to a binding agreement to surrender her child. Moreover, our holding today does not preclude the Legislature from altering the current statutory scheme, within constitutional limits, so as to permit surrogacy contracts. Under current law, however, the surrogacy agreement before us is illegal and invalid.

The *Baby M.* case received worldwide attention. The best interest of the child's analysis and the decision of the Supreme Court to keep the child with the Sterns has aroused universal controversy. The Court granted the custody to the parents who were in a better financial condition. Better economic standing does not guarantee the protection of child's best interests.

The case *Johnson v. Calvert*¹⁸ also remain controversial. Ms. Anna Johnson, Mrs. Crispina and Mr. Mark Calvert signed a contract. Ms. Johnson agreed to get pregnant with the transplantation of an embryo, created from the Calverts' gametes. During the pregnancy, the surrogate mother decided not to relinquish her parental rights. Therefore, the intended parents took a legal action against Mrs. Johnson. So did she and the lawsuits were consolidated. After a long trial, the Supreme Court of California came to the following conclusion:

It is arguable that, while gestation may demonstrate maternal status, it is not the sine qua non of motherhood. Rather, it is possible that the common law viewed genetic consanguinity as the basis for maternal rights. Under this latter interpretation, gestation [5 Cal. 4th 93] simply would be irrefutable evidence of the more fundamental genetic relationship (...). We conclude that although the Act recognizes both genetic consanguinity and giving birth as means of establishing a mother and child relationship, when the two means do not coincide in one woman, she who intended to procreate the child-that is,

¹⁸ Case *Johnson v. Calvert*. 5 Cal.4th 84, 851 P.2d 776.

she who intended to bring about the birth of a child that she intended to raise as her own—is the natural mother under California LA.

The case before us proves that parenthood was allocated to the couple who were genetic gametes donors rather than the woman who bore a child. The contract's enforcement led to surrogate mother's abuse. The rigors of the indenture had not been mitigated, although they should have.

While the cases of *Baby M.* and *Johnson v. Calvert* were controversial, both sides were willing to take responsibility for the baby. On the contrary, in the case of *Buzzanca v. Buzzanca*¹⁹, there was no claim to the child.

Luanne and John Buzzanca agreed to have an anonymous donor's egg fertilized with anonymous donor's sperm. The embryo was transferred to a surrogate and successfully implanted. During established pregnancy, intended father decided to get divorced. Neither he did not want be a lawful parent of the child, nor did he want to take any financial responsibility for his earlier decision. After child's birth, the surrogate relinquished her parental rights. The next problem was that intended mother was not the biological mother. She did not give a birth nor she was an egg donor. Under those circumstances, the trial court concluded that the infant had no legal parents. However, the Court of Appeals changed that decision. Similarly, as in *People v. Sorensen*, the Supreme Court stated: „A reasonable man who (...) actively participates and consents to his wife's artificial insemination in the hope that a child will be produced whom they will treat as their own, knows that such behavior carries with it the legal responsibilities of fatherhood and criminal responsibility for nonsupport”.

The Court of Appeals concluded:

Even though neither Luanne nor John are biologically related to Jaycee, they are still her lawful parents given their initiating role as the intended parents in her conception and birth. And, while the absence of a biological connection is what makes this case extraordinary, this court is hardly without statutory basis and legal precedent in so deciding. Indeed, in both the most famous child custody case of all time, and in our Supreme Court's *Johnson v. Calvert* decision, the court looked to intent to parent as the ultimate basis of its decision. Fortunately, as the *Johnson* court also noted, intent to parent” ‘correlate[s] significantly’ „with a child's best interests. (*Johnson v. Calvert*, supra, 5 Cal.4th at p. 94, quoting *Schultz*, *op.cit.* supra, Wis. L. Rev., at p. 397.) That is far more than can be said for a model of the law that renders a child a legal orphan.

The present case shows that the best interests of a child can be endangered by its parents' irresponsible behavior. The surrogacy contracts increase the probability of rendering children legal and actual orphans.

Similar situation took place in the case of *Stiver v. Parker*²⁰. In this case Judy Stiver, the surrogate mother, agreed to be artificially inseminated with Alexander Malahoff's

¹⁹ In re: *Marriage of John A. and Luanne H. Buzzanca*. 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280, <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/61/1410.html>, 12.07.2016.

²⁰ Case *Stiver v. Parker*. United States Court of Appeals, Sixth Circuit, 975 F.2d 261, <http://openjurist.org/975/f2d/261/stiver-v-j-parker-md>, 12.07.2016.

gametes. Within nine months, a disabled baby, infected with cytomegalovirus (CMV) was born. Therefore, the blood tests were followed. In the effect, the parties learned that the baby was the Stiever's child. However, no one wanted to take responsibility for the infant. The surrogate argued that she had not been warned not to have unprotected sexual intercourse. The Stivers also claimed that Mr. Malahoff had not exercised a high degree of diligence and had been responsible for the infection with CMV. Intended father argued that he was not the genetic father of the child. He wanted to withdraw of the contract without making any payments for Judy Stiver. In his opinion there had been no adequate due diligence by the other party. The Sterns did not want to return the money. They claimed that the payment was made for the gestational service, not for the baby itself. After a trial, US Court of Appeals came to the following conclusion:

The contracting parties may change their minds due to changed circumstances and abandon the child, as Malahoff appears to have done in this case after Christopher was born with birth defects, even before it was discovered that Malahoff was not Christopher's father. This may lead to child abuse. Such arrangements may lead to the monetization of a surrogate mother's attributes like race, intelligence, beauty and social standing, or the child may be of the wrong gender. There is more at stake here than simply the values of the marketplace and freedom to contract which prevail in ordinary commercial activities. Because surrogacy contracts create a high degree of risk of injury or loss, we conclude that the programs under which these contracts are arranged-when not outlawed as against public policy-create affirmative duties of care.

It is clear that surrogacy contracts may lead to child abuse. The cases shown above prove that surrogacy may cause several social, psychological and legal problems. Surrogate motherhood may overcome medical difficulties and make a lot of infertile couples become happy parents. However, it should be noticed that assisted reproductive technology results in new intractable problems. „Providing” parenthood to intended parents may lead to surrogate mother's abuse. There are many children waiting for adoption. Nevertheless, people decide to arrange surrogacy contract that, in effect, creates a new life. A child becomes the subject-matter and as a consequence, one of the mothers is separated from the child.

Conclusion

The aim of this paper was to outline and investigate the issues arising from the surrogacy contracts. This work focused on on civil law regulations, however, penal law was also taken into consideration, as those two areas are correlated. Due to the biotechnological development, surrogacy agreements are more available and popular among infertile couples or singles. The subject of this paper concerned the admissibility and validity of surrogacy practice in several countries and states. The work was also focused on possible execution regarding surrogacy contracts. International or country law cannot resolve all the problems caused by new institutions. Still, the current legal status of surrogacy is unclear. Some European Union countries' approach were described. The research was based on the case-law of the European Court of Human Rights,

the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine and European Convention on Human Rights. Child's best interest and possible child abuse were also discussed. Several ethical aspects of the complex problem were presented. Social and medical background of surrogacy was studied.

It must be noticed that it is up to public authorities to create adequate regulations that cater for social demands. Nowadays, in many countries, public policy regarding surrogacy is failing. In states, where surrogate motherhood is strictly prohibited, citizens go abroad to achieve their goals. Public authorities may prevent its citizens from surrogate motherhood or other ART practices. Notwithstanding, this approach leads only to „fertility tourism”. Countries with more permissive regulations often benefits from the taxes and general turnover regarding surrogacy practices. According to dr Liz Bishop, „The Confederation of Indian Industry estimates its annual contribution to the Indian economy to be \$2 billion, an important market for all those with vested interests but one that is unregulated”²¹.

In some countries (e.g. England) only altruistic form of surrogacy is allowed. The agreement is authorized by courts, that control payments (made for reasonable expenses) and allows parental order. However, that supervision is executed *ex-post* and often leads to sidestepping English restrictions. Although surrogate motherhood was meant to be an altruistic offering, a gift for infertile couples, now it remains a commercial contract, that often is a source of host's income. The High Court of Justice (Family Division) in England concluded: „The reality is there is a legal commercial framework which is driven by supply and demand”²². As Claire Flenton-Glynn argues: „Couple has little difficulty circumventing the law, and commercial surrogacy is permitted through the back door (...) domestic prohibitive laws are not operating effectively to prevent commercial surrogacy”²³. Registration through Parental Order is not executed effectively. About 50% surrogate births were registered officially²⁴. It means that ineffective bans can be easily avoided²⁵ without protecting surrogate mothers.

Even if surrogate mother is given legal advice and has sufficient support, she is not always in control of situation. Basing on Pamela Laufer-Ukeles's research, any form of commercial surrogacy, even with surrogate's informed consent, is „inherently moral suspect”²⁶.

²¹ L. Bishop, *India's new surrogacy laws are only part of the equation*, <https://www.monash.edu/news/opinions/indias-new-surrogacy-laws-are-only-part-of-the-equation>, 26.06.2016 [in:] C. Flenton-Glynn, *Outsourcing ethical dilemmas: regulating international surrogacy arrangements*, Medical Law Review, Vol. 24, No. 1, p. 66.

²² Re P-M (2013) EWHC 2328 (Fam).

²³ C. Flenton-Glynn, *op.cit.*, p. 63–64.

²⁴ M. Crawshaw, E. Blyth, O. van den Akker, *The Changing Profile of Surrogacy in the UK – Implications for National and International Policy and Practice* (2013) 34 JSWFL, 1, 3 [in:] C. Flenton-Glynn, *op.cit.*, p. 75.

²⁵ C. Flenton-Glynn, *op.cit.*, p. 75.

²⁶ P. Laufer-Ukeles *Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy*, Indiana Law Journal 2013, 1223.

Other authors demand judicial authorization to protect hosts' exploitation and children's commodification. In Greece, courts have the power to control and supervise surrogacy arrangements *ex ante*. The compensation given to surrogate is determined by domestic law and it is not up to the parties to change the payment amount²⁷. The similar situation takes place in South Africa. Pursuant to the Children Act, all surrogacy agreements must be approved by the High Court. The Court controls surrogate mother's financial standing; the compensation from the commissioning parents cannot be the source of surrogate's income²⁸. Also Israeli law fights against commercial surrogacy. Every arrangement must be confirmed by ethics committee²⁹. The South African, Israeli and Greek regulations prevent surrogacy to be a form of child sale.

Due to the growing trend of surrogacy arrangements, there is a need to reinforce legislation that protects surrogate mothers and children. The third-party activity must be restricted. No brokering agencies should gain from the arrangements between hosts and commissioning parents. That is the only way to avoid the hosts' exploitation and children's commodification. Also domestic supervision and control must be exercised *ex-ante*. Surrogacy contracts must be transparent and easily accessible³⁰ for everyone to avoid problems encountered nowadays.

Surrogate agreements must be unenforceable. Hosts should have the possibility to keep the child without paying any penalties for non-compliance. Only the compensation and the payment should be returned.

Concluding, no one should be deprived from the right to have a child that is genetically related to him. Nonetheless, it is a matter of individual conscience to decide whereas surrogacy practice is ethical. The Warnock Committee stated: „that people should treat others as a means to their own ends, however desirable the consequences, must always be liable to moral objection. Such treatment of one person by another becomes positively exploitative when financial interests are involved”³¹.

* * *

Współczesne regulacje rodzicielstwa zastępczego

Od połowy lat 70. XX w., ale przede wszystkim w przeciągu ostatnich 20 lat, rodzicielstwo zastępcze spotyka się z rosnącym zainteresowaniem, zarówno par, jak i osób indywidual-

²⁷ L. Brunet, D. King, J. Carruthers, C. Marzo, K. Davaki, J. McCandless, *Comparative study on the regime of surrogacy in the EU member states*, http://eprints.lse.ac.uk/51063/1/_libfile_REPOSITORY_Content_Davaki,%20K_Comparative%20study%20regime%20surrogacy_Davaki_Comparative_study_regime_surrogacy_2013.pdf, 25.07.2016.

²⁸ *Ibidem*, p. 339–350.

²⁹ *Ibidem*, p. 33.

³⁰ C. Flenton-Glynn, *op.cit.*, p. 74.

³¹ The Warnock Report (1984): *Report of the Committee of Enquiry into Human Fertilisation and Embryology*, p. 46, http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf, 25.07.2016.

nych, które nie mogą mieć własnych dzieci. Mimo iż z medycznego punktu widzenia procedura ta nie jest skomplikowana, to można zauważyć wiele powodów, zarówno prawnych, jak i etycznych, które sprawiają, że procedura macierzyństwa zastępczego wciąż spotyka się z prawnymi ograniczeniami w wielu krajach na świecie. Pomimo faktu, iż wpływ braku regulacji prawnej w tym zakresie jest doskonale znany, wciąż w niektórych krajach na świecie nie wprowadzono jakiejkolwiek regulacji prawnej w tym zakresie. Artykuł prezentuje zarówno motywacje, jak i konsekwencje wiążące się z konkretnymi modelami regulacji prawnej w tym zakresie, by przeprowadzić dyskusję na temat praktyki macierzyństwa zastępczego i związanych z nim problemów, a także poszukiwać modelu rozwoju macierzyństwa zastępczego, który wart jest promowania na szczeblu globalnym.

Słowa kluczowe: rodzicielstwo zastępcze, prawo rodzinne, prawo cywilne, prawo karne, Europejska Konwencja Praw Człowieka

Jakub Obrębski¹

Wybrane zagadnienia penalizacji prowadzenia pojazdów w stanie nietrzeźwości – ocena doświadczeń z Polski

Streszczenie:

Analizie poddano zagadnienia związane z prowadzeniem pojazdów pod wpływem alkoholu. Przytoczono definicję stanu nietrzeźwości w rozumieniu ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997, Nr 88, poz. 553) oraz w rozumieniu ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz.U. z 1982, Nr 35, poz. 230), a także stanu po użyciu alkoholu. W następnej kolejności analiza obejmowała przesłanki odpowiedzialności karnej oraz sankcji karnych za prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości i w stanie po użyciu alkoholu. Ponadto analiza zawiera zmiany na przestrzeni lat przepisu art. 178a k.k. oraz art. 87 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 1971, Nr 12, poz. 114) wraz z uwzględnieniem kontrapencjonalizacji czynu z kategorii przestępstw do kategorii wykroczeń. W dalszej kolejności analizie poddano statystyki związane z wyżej wymienionymi czynami, a także czynniki jakie wpływają na osoby, które decydują się na prowadzenie samochodu po spożyciu napojów alkoholowych.

Słowa kluczowe: stan nietrzeźwości, stan po użyciu alkoholu, odpowiedzialność karna za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości, odpowiedzialność karna za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie po użyciu alkoholu, statystyka

Problematyka prowadzenia pojazdów w stanie nietrzeźwości i w stanie po użyciu alkoholu, a także wiążących się z tym konsekwencji prawnych, wydaje się być obecnie

¹ Autor jest studentem IV roku studiów doktoranckich na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

znana, a sprawcy tych przestępstw piętnowani, to statystyki wskazują, że w dalszym ciągu zjawisko to dotyczy polskiego społeczeństwa. Celem niniejszego artykułu jest przybliżenie wybranych zagadnień penalizacji wskazanych czynów. Do podstawowych definicji należy zaliczyć „stan nietrzeźwości” w rozumieniu ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997, Nr 88, poz. 553) oraz w rozumieniu ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz.U. z 1982, Nr 35, poz. 230), dalej jako „Ustawa”, a także stan „po użyciu alkoholu”.

W tym miejscu należy wskazać, że wyżej wskazane pojęcia stanu nietrzeźwości i stanu po użyciu alkoholu stanowią przesłanki odpowiedzialności karnej za prowadzenie pojazdu mechanicznego w którymś z wyżej wymienionych stanów. I tak, zgodnie z treścią art. 178a § 1 k.k.: „kto znajdując się w stanie nietrzeźwości prowadzi pojazd mechaniczny w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”. Jest to występki. Sąd skazując za przestępstwo przewidziane treścią art. 178a § 1 k.k. obligatoryjnie orzeka zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych lub pojazdów mechanicznych określonego rodzaju na okres od 1 roku do lat 15, a nadto, jeżeli kierujący pojazdem w stanie nietrzeźwości spowodował wypadek, w którym osoba pokrzywdzona poniosła śmierć lub ciężki uszczerbek na zdrowiu, sąd orzeka dożywotni zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych. To jeszcze nie koniec negatywnych konsekwencji, jakie ustawodawca przewidział dla nietrzeźwego kierowcy w obowiązującym stanie prawnym. Wobec sprawcy przestępstwa z art. 178a § 1 k.k. sąd orzeka świadczenie pieniężne na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej w wysokości co najmniej 5 000 złotych, a w razie skazania sprawcy za przestępstwo określone w art. 178a § 4 k.k.: „Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 był wcześniej prawomocnie skazany za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego albo za przestępstwo określone w art. 173, 174, 177 lub art. 355 § 2 popełnione w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego albo dopuścił się czynu określonego w § 1 w okresie obowiązywania zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych orzeczonego w związku ze skazaniem za przestępstwo, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”², co najmniej 10 000 złotych, aż do kwoty 60 000 złotych. Ponadto w przypadku zawieszenia wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności bądź ograniczenia wolności, istnieje również możliwość orzeczenia środka karnego przewidzianego w art. 44 § 2 k.k., tj. przepadku pojazdu jako narzędzia służącego do popełnienia przestępstwa.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 115 § 16 k.k. oraz art. 46 § 3 Ustawy, stan nietrzeźwości zachodzi, gdy zawartość alkoholu we krwi przekracza 0,5 promila albo prowadzi do stężenia przekraczającego tę wartość lub zawartość alkoholu w 1 dm³ wydychanego powietrza przekracza 0,25 mg albo prowadzi do stężenia przekraczającego tę wartość. Oprócz stanu nietrzeźwości wyróżnia się również stan „po użyciu alkoholu”, który zachodzi, gdy zawartość alkoholu w organizmie wynosi lub prowadzi do stężenia we krwi od 0,2 promila do 0,5 promila alkoholu albo obecności w wydychanym powietrzu

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997, Nr 88, poz. 553).

od 0,1 mg do 0,25 mg alkoholu w 1 dm³. Pojęcie pojazdu mechanicznego, z którym spotykamy się w przepisach k.k. oraz ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 1971, Nr 12, poz. 114) nie zostało zdefiniowane ustawowo. Pomocne jest natomiast orzecznictwo – w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 1975 r. (V KZP 2/74) wskazano, iż: „Pojazdem mechanicznym w ruchu lądowym w rozumieniu przepisów kodeksu karnego jest każdy pojazd drogowy czy szynowy napędzany umieszczonym w nim silnikiem, jak również maszyna samobieżna i motorower”³. Podkreślenia wymaga okoliczność, iż w Kodeksie karnym i Kodeksie wykroczeń mowa jest o prowadzeniu pojazdu mechanicznego nie tylko w ruchu lądowym, ale też wodnym i powietrznym. Mając na uwadze powyższe, pojazdem mechanicznym w rozumieniu k.k. i k.w. będą m.in. samochody, motocykle, skutery, motorowery, maszyny rolnicze, tramwaje, samoloty, helikoptery, statki czy motorówki.

Prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości stanowi przestępstwo od 15 grudnia 2000 r., kiedy to art. 178a k.k. został dodany przez art. 1 pkt 7 ustawy z dnia 14 kwietnia 2000 r. (Dz.U. z 2000, Nr 48, poz. 548). W swoim pierwotnym brzmieniu art. 178a k.k. przewidywał również karalność sprawcy, który w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego prowadził na drodze publicznej lub w strefie zamieszkania inny pojazd niż mechaniczny, a więc penalizował również np. jazdę na rowerze w stanie nietrzeźwości. Następnie ustawą z dnia 12 lutego 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy – Prawo ochrony środowiska (Dz.U. Nr 40, poz. 227) dodano § 4 do art. 178a k.k. Zmiana miała na celu zaostrezenie odpowiedzialności sprawców przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, popełniających je w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środków odurzających⁴. Nowy § 4 wprowadził kwalifikowany typ przestępstwa określonego w art. 178a k.k. Zgodnie z jego treścią, surowszą odpowiedzialność ponosi sprawca, który znajdując się w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego, prowadzi pojazd mechaniczny w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym, jeżeli był wcześniej prawomocnie skazany za to przestępstwo lub za czyny określone w art. 173 k.k., art. 174 k.k., art. 177 k.k. lub art. 355 § 2 k.k. popełnione w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego albo też dopuścił się tego czynu w czasie obowiązywania zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych orzeczonego w związku ze skazaniem za przestępstwo⁵. W następnej kolejności, ustawą z dnia 22 lipca 2010 r. o zmianie ustawy — Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 152, poz. 1018), ponownie zmieniono art. 178a § 2 k.k. Nowelizacja miała związek z wprowadzeniem do ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. z 2005, Nr 108, poz. 908 z późn. zm.) pojęcia „strefa ruchu”, która została zdefiniowana jako obszar obejmujący co najmniej jedną drogę wewnętrzną, na który

³ Uchwała Sądu Najwyższego, cała izba SN – Izba Karna, z dnia 28 lutego 1975 r., V KZP 2/74, OSNKW 1975/3–4/33.

⁴ *Kodeks karny, Komentarz do zmiany*, <https://sip.lex.pl/#/akt/komentarz/16798683/17606242/2010-07-01>, 17.01.2018.

⁵ *Kodeks karny, Komentarz do zmiany*, <https://sip.lex.pl/#/akt/komentarz/16798683/17606242/2010-07-01>, 17.01.2018.

wjazdy i wyjazdy oznaczone są odpowiednimi znakami drogowymi⁶. Mając na uwadze powyższe, strefę ruchu również objęto zakresem art. 178a § 2 k.k. Kolejno, ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1247) uchylono przepis penalizujący prowadzenie pojazdu innego niż mechaniczny przez osoby znajdujące się w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego (art. 178a § 2 k.k.). Po nowelizacji od 9 listopada 2013 r. taki czyn stanowi jedynie wykroczenie⁷.

Kto znajdując się w stanie po użyciu alkoholu prowadzi pojazd mechaniczny w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym, dopuszcza się popełnienia wykroczenia stypizowanego w treści art. 87 § 1 k.w. i podlega karze aresztu albo grzywny nie niższej niż 50 zł. Grzywna, o której mowa w wyżej wymienionym przepisie, może zostać wymierzona do kwoty 5 000 zł, a nadto sąd, zgodnie z art. 87 § 3, orzeka zakaz prowadzenia pojazdów na okres od 6 miesięcy do 3 lat. Zakaz prowadzenia pojazdów obowiązuje od uprawomocnienia się orzeczenia w tym zakresie, jednak na poczet zakazu zalicza się okres zatrzymania prawa jazdy lub innego dokumentu uprawniającego do prowadzenia pojazdu. Istotny jest fakt, iż czas, na który orzeczono zakaz prowadzenia pojazdu nie biegnie aż do chwili, w której sprawca wobec którego zakaz orzeczono nie zwróci dokumentu uprawniającego do prowadzenia pojazdu, chyba, że dokument też został już uprzednio zatrzymany.

Treść art. 87 k.w. w swojej aktualnej postaci penalizuje również czyny polegające na prowadzeniu na drodze publicznej, w strefie zamieszkania lub w strefie ruchu, w stanie nietrzeźwości lub w stanie po użyciu alkoholu, innych pojazdów niż mechaniczne, a więc np. rowerów. Jak to już zostało wskazane powyżej, prowadzenie pojazdu innego niż mechaniczny w stanie nietrzeźwości do 9 listopada 2013 r. stanowiło przestępstwo, a od tej daty stanowi wykroczenie, za które ustawodawca przewidział taką samą karę jak dla sprawcy prowadzącego pojazd mechaniczny w stanie po użyciu alkoholu z tą różnicą, że w przypadku jazdy na rowerze (lub innym pojeździe niemechanicznym) w stanie nietrzeźwości, sąd może orzec zakaz prowadzenia pojazdów innych niż mechaniczne.

Omawiany przepis od 20 maja 1971 r., uległ kilku zmianom, i tak np. ustawą z dnia 10 maja 1985 r. o zmianie niektórych przepisów prawa karnego i prawa o wykroczeniach (Dz.U. z 1985, Nr 23, poz. 100) dokonano zaostrożenia kary grożącej za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie po użyciu alkoholu, za który to czyn wówczas groziła obok kary aresztu, kara grzywny w wysokości nie niższej niż 10 000 zł, a nadto zmieniła się również treść § 3, zgodnie z którym orzekanie przez sąd zakazu prowadzenia pojazdu mechanicznego lub innego pojazdu za jazdę w stanie po użyciu alkoholu stało się obligatoryjne. Następnie ustawą z dnia 28 sierpnia 1998 r. o zmianie ustawy – Kodeks wykroczeń, ustawy – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, ustawy o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń, ustawy – Kodeks pracy i niektórych innych ustaw (Dz.U. z 1998, Nr 113, poz. 717), dokonano zmiany kary grzywny i z kwoty nie niższej niż 10 000 zł,

⁶ *Kodeks karny, Komentarz do zmiany*, <https://sip.lex.pl/#/akt/komentarz/16798683/17639112/2010-09-04>, 17.01.2018.

⁷ *Kodeks karny, Komentarz do zmiany*, <https://sip.lex.pl/#/akt/komentarz/16798683/18031260/2013-11-09>, 17.01.2018.

grzywna za wykroczenie z art. 87 § 1 k.w. ukształtowała się na poziomie nie niższym niż 50 zł. Wyżej wskazana ustawa złagodziła karę za prowadzenie pojazdu innego niż mechaniczny w stanie po użyciu alkoholu. Od tej pory za to wykroczenie groziła kara aresztu do 14 dni (uprzednio 2 miesiące) albo kara grzywny. Istotny jest jednak fakt, iż zmiany w regulacjach art. 70 – 157 k.w. wprowadzone w 1998 r. miały jedynie charakter porządkowy i wynikały z konieczności dostosowania części szczegółowej Kodeksu wykroczeń do zmian wprowadzonych w jego części ogólnej⁸. W późniejszym czasie miała miejsce najistotniejsza zmiana. Na podstawie ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013, poz. 1247), do art. 87 k.w. dodano § 1a, zgodnie z którym od dnia 9 listopada 2013 r. prowadzenie pojazdu innego niż mechaniczny w stanie nietrzeźwości nie stanowiło już przestępstwa, a jedynie wykroczenie. Dokonano więc kontrawencjonalizacji powyższego czynu z kategorii przestępstw do kategorii wykroczeń. Nadto dotychczas obligatoryjnie orzekany zakaz prowadzenia pojazdów wobec sprawców wykroczenia z art. 87 § 2 k.w. uległ zmianie i zarówno za popełnienie wykroczenia z art. 87 § 2 k.w., jak i z art. 87 § 1a k.w. zakaz prowadzenia już tylko „innych pojazdów” niż mechaniczne mógł być (i jest w dalszym ciągu) orzekany jedynie fakultatywnie.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że między typami czynów zabronionych z art. 178a k.k. oraz art. 87 k.w. zachodzi tzw. pozorny zbieg przepisów. Mamy w tym wypadku do czynienia z tzw. przepołowionym czynem zabronionym⁹. Kryterium rzeczowym podziału między przestępstwem a wykroczeniem jest więc zawartość alkoholu we krwi lub powietrzu wydychanym, zbadana u sprawcy czynu.

Omawiane czyny zajmują również istotną pozycję w statystykach organów ścigania. Są to przestępstwa powszechnie występujące, i choć nagłaśnianie problemu w mediach oraz doskonalenie metod wykrywania zdaje się mieć wpływ na liczbę stwierdzonych przypadków ich popełnienia, to problem nie wydaje się możliwy do wyeliminowania. W ostatnich latach, poczynawszy od 2006 roku, kiedy to ilość stwierdzonych nietrzeźwych kierowców wyniosła 180 955, dopuszczających się przestępstwa stypizowanego w treści art. 178a k.k. zmalała i następnie aż do 2013 roku (kiedy zmalała stanowczo – o czym w dalszej części artykułu) utrzymywała się na podobnym poziomie.

Istotny jest fakt, iż na stopniowe zmniejszenie się liczby przestępstw prowadzenia pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości wpływ miało szereg czynników, takich jak medialne piętnowanie sprawców tego typu przestępstw, informowanie społeczeństwa o zagrożeniach związanych z uczestnictwem w ruchu drogowym po spożyciu alkoholu i promowanie wzorców, zgodnie z którymi jazdę po spożyciu alkoholu jest zachowaniem niemożliwym do zaakceptowania, kampanie społeczne, wzmożenie drogowych kontroli kierowców, polityka państwa wobec problemu alkoholu w ruchu drogowym (trzy programy rządowe: Krajowy Program Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego, Narodowy Program Profilaktyki i Rozwiązywania Problemów Alkoholowych

⁸ *Kodeks wykroczeń, Komentarz do zmiany*, <https://sip.lex.pl/#/akt/komentarz/16788218/16799983/1998-09-01,17.01.2018>.

⁹ J. Raglewski, *Zbieg przepisów penalizujących czyny będące przestępstwami i wykroczeniami*, Przegląd Sądowy 2011, nr 4, s. 5–16.

oraz Narodowy Program Zdrowia) czy działania na rzecz ograniczenia dostępności alkoholu i odseparowania osób pijących od prowadzenia pojazdu. Podkreślenia wymaga jednak okoliczność, iż znaczny spadek ilości osób dopuszczających się przestępstwa przewidzianego treścią art. 178a k.k. w roku 2014 r. – 73 920 w porównaniu do 128 064 w 2013 r., – był spowodowany przede wszystkim kontrawencjonalizacją czynu polegającego na prowadzeniu innych pojazdów niż mechaniczne na drodze publicznej, w strefie zamieszkania lub w strefie ruchu w stanie nietrzeźwości z kategorii przestępstw do kategorii wykroczeń. Gwałtowny spadek liczby przestępstw nie był zatem skutkiem zmiany ustawodawstwa.

TABELA 1. PRZESTĘPSTWA Z ART. 178A K.K. W LATACH 2006–2016

Rok	Przestępstwa stwierdzone	Przestępstwa wykryte	% Wykrycia
2006	180 955	181 012	100
2007	150 382	150 435	100
2008	150 074	150 101	100
2009	151 762	151 808	100
2010	142 144	142 183	100
2011	150 763	150 806	100
2012	141 863	141 958	100
2013	128 064	127 908	99,9
2014	73 920	73 787	99,8
2015	64 336	64 192	99,8
2016	60 443	60 333	99,8

Źródło: opracowanie własne na podstawie *Prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości*, <http://statystyka.policja.pl/st/ruch-drogowy/przestepstwa-drogowe/140146,Prowadzenie-pojazdu-w-stanie-nietrzezwosci.html>.

Należy wskazać, iż każdego roku w Polsce dochodzi do ponad 50 tysięcy wypadków drogowych¹⁰. W roku 2016 użytkownicy dróg będący pod działaniem alkoholu uczestniczyli w 2 967 wypadkach drogowych, co stanowi 8,8% ogółu wypadków. Istotny jest fakt, że osoby będące pod działaniem alkoholu najczęściej uczestniczyły w wypadkach drogowych w ostatnich dniach tygodnia: soboty (20,7%) i niedziele (17,9%). Powyższe związane jest z okolicznością, iż koniec tygodnia to dni wolne od pracy, a więc również i czas spotkań towarzyskich, podczas których spożywane są napoje alkoholowe. Zgodnie ze statystykami policyjnymi, w ciągu doby najwięcej wypadków z udziałem osób będących w stanie nietrzeźwości zachodzi pomiędzy godzinami 16 a 22. W 2016 roku w tym przedziale godzinowym nietrzeźwe osoby uczestniczyły aż w 1 430 wypadkach drogowych, co stanowi 48,2% wszystkich wypadków z ich udziałem.

¹⁰ B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 2009, s. 519.

W 2016 roku uczestnicy ruchu będący pod działaniem alkoholu spowodowali 2 295 wypadków (6,8% ogółu), w których zginęło 306 osób (10,1%), a rannych zostało 2 641 osób (6,5%). Najliczniejszą grupę sprawców wypadków stanowili kierujący pojazdami. Z ich winy doszło do 1 686 wypadków, w których zginęło 221 osób, a rannych zostało 2 100 osób. W odniesieniu do ogólnej liczby wypadków spowodowanych przez kierujących, kierujący pod działaniem alkoholu stanowili 5,8%. W porównaniu do 2015 roku nastąpił wzrost liczby wypadków spowodowanych przez tę grupę kierujących o 110 (+7%), osób zabitych o 3 (+1,4%) i osób rannych o 127 (+6,4%). Zgodnie ze statystykami za rok 2016, sprawcy tych przestępstw najczęściej pochodzą z grupy wiekowej 18–24 lata i jest ich znacznie mniej w grupie wiekowej 25–39 lat¹¹.

Warto zauważyć, że w 2016 roku w porównaniu do roku 2015, nastąpił spadek liczby ujawnionych przypadków prowadzenia pojazdów mechanicznych pod wpływem alkoholu – zarówno w stanie nietrzeźwości jak i w stanie po użyciu alkoholu, aż o 13 361 osób, czyli o 10,36%, przy wzroście kontroli o 240 690 czyli o 1,34%¹².

TABELA 2. WYKROCZENIA PRZECIWKO BEZPIECZEŃSTWU W KOMUNIKACJI W LATACH 2015–2016

Naruszony przepis	2015 r.	2016 r.
art. 87 § 1 k.w.	23 297	18 419
art. 87 § 2 k.w.	6 780	6 816
art. 178a § 1 k.k.	67 946	59 861
art. 87 § 1a k.w.	30 973	30 539
Ogółem	128 996	115 635

Źródło: *Wypadki drogowe w Polsce w 2016 roku*, Komenda Główna Policji, Biuro Ruchu Drogowego, Warszawa 2017.

Mając na uwadze cały przedstawiony powyżej wywód, pomimo stopniowej penalizacji czynów polegających na prowadzeniu pojazdów mechanicznych przez kierowców w stanie nietrzeźwości, jak i w stanie po spożyciu alkoholu, i spadku ilości kierowców jeżdżących w którymś z wyżej wymienionych stanów, problem ten wciąż jest niebagatelny. Zastanówmy się, o ile bezpieczniejsze byłyby drogi, gdyby problem nietrzeźwych uczestników ruchu drogowego wyeliminować całkowicie. Co jest powodem tego, że w dalszym ciągu, pomimo zaostrenia przepisów karnych, niektóre osoby decydują się prowadzić samochód po spożyciu napojów alkoholowych? Wydaje się, iż powodów tych jest co najmniej kilka.

Jedną z przyczyn jest w dalszym ciągu nieświadomość prawna społeczeństwa. Nieświadomość ta spowodowana jest również jakością i sposobem przekazywania wiedzy podczas kursów przygotowujących do egzaminu na prawo jazdy, gdyż ciągle w wielu

¹¹ *Wypadki drogowe w Polsce w 2016 roku*, Komenda Główna Policji, Biuro Ruchu Drogowego, Warszawa 2017.

¹² *Ibidem*.

miejscach i ośrodkach szkoleniowych wiedza teoretyczna dotycząca prowadzenia pojazdów mechanicznych, jak i znajomość przepisów prawa, traktowana jest przez kursantów i instruktorów w sposób drugorzędny w stosunku do zajęć praktycznych. Zgodnie z danymi podanymi przez Instytut Transportu Samochodowego, w Polsce nie zbiera się informacji na temat treści zajęć, jakie realizowane są podczas szkolenia, nie wiadomo więc, czy w ogóle zajęcia poruszające problematykę wpływu alkoholu na organizm ludzki są realizowane, a także jakie informacje przekazywane są podczas zajęć. Brakuje też badań analizujących wpływ programów szkolenia na bezpieczeństwo ruchu drogowego. Skuteczność szkolenia kierowców w Polsce oceniana jest jedynie na podstawie tzw. zdawalności, czyli proporcji osób, które pozytywnie zdały egzamin do ogólnej liczby osób, które przystąpiły do egzaminu¹³. Wydaje się, że aby zmienić ten stan rzeczy potrzebne jest większe zaangażowanie społeczeństwa w walkę z nietrzeźwymi kierowcami oraz profilaktyka edukacyjna, która pozwoliłaby na zmianę myślenia i postaw społecznych w stosunku do osób dopuszczających się jazdy samochodem czy innym pojazdem mechanicznym pod wpływem alkoholu. Istotny jest fakt, że prawo może motywować wtedy, gdy jest znane adresatom norm i ich znajomość musi wyprzedzać podjęte zachowanie sprawcy czynu.

Kolejną okolicznością mającą wpływ na decyzje wielu kierowców o prowadzeniu pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości, czy też w stanie po użyciu alkoholu, jest wciąż zbyt mała liczba kontroli ruchu drogowego, celem przesiewowego badania zawartości alkoholu w wydychanym powietrzu. Istotny jest fakt, że samo zaostrzenie przepisów karnych dotyczących odpowiedzialności sprawcy czynu za prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości czy w stanie po użyciu alkoholu, jest niewystarczające. Oczywiście racjonalizacja przepisów ma również istotne znaczenie w walce z nietrzeźwymi kierowcami, ale to właśnie nieuchronność poniesienia kary, a nie jej dolegliwość ma najistotniejsze znaczenie. W świadomości kierowców powinno istnieć przekonanie, że zachowanie polegające na prowadzeniu pojazdu w stanie nietrzeźwości lub po użyciu alkoholu pociągnie za sobą zastosowanie przewidzianej w ustawie sankcji. Wielu kierowców podejmuje się prowadzenia pojazdu pomimo wcześniejszego spożywania alkoholu licząc właśnie na to, że nikt ich nie skontroluje i tym samym uda im się bezkarnie przejechać do punktu docelowego. Wobec powyższego, dobrze nagłośnione i mało przewidywalne kontrole stanu trzeźwości mające także aspekt edukacyjny, służą głównie wywołaniu efektu ogólnego odstraszenia kierowców¹⁴. Wydaje się, że jeszcze większe wzmocnienie kontroli kierowców mogłoby znacząco wpłynąć na proces decyzyjny nietrzeźwych osób i tym samym zmniejszyć ilość kierowców prowadzących w stanie nietrzeźwości czy w stanie po użyciu alkoholu, na co wskazuje okoliczność, iż wyraźny wzrost kontroli stanu trzeźwości znalazł swoje odbicie w badaniach opinii społecznej – w 2002 roku blisko 70% badanych kierowców było przekonanych, że podczas jazdy samochodem nie zostaną zatrzymani do kontroli policyjnej, natomiast w 2010 roku

¹³ I. Buttler, B. Król, I. Leśnikowska-Matusiak, A. Wnuk, *Polityka prewencyjna wobec nietrzeźwych kierowców w Polsce w latach 2006–2013*, Warszawa 2014, s. 49.

¹⁴ *Ibidem*.

odsetek ten spadł do 45%¹⁵. Wobec powyższego, takie działania organów ścigania powinny mieć znaczący wpływ na zmniejszenie liczby kierowców prowadzących pojazdy w stanie nietrzeźwości lub w stanie po użyciu alkoholu. Patrząc jednak na kierowców prowadzących pojazdy pod wpływem alkoholu, będących sprawcami wypadków lub naruszających przepisy dotyczące bezpieczeństwa i porządku w komunikacji, którzy brali już uprzednio udział w wypadkach drogowych spowodowanych wcześniejszą konsumpcją alkoholu, czy też prowadzili pojazd mechaniczny w stanie nietrzeźwości lub w stanie po użyciu alkoholu, można mieć wątpliwości – na pewno potrzeba rozwiązań systemowych.

Niewątpliwie duże znaczenie we wzmocnieniu funkcji ochronnej prawa karnego w zakresie reakcji na czyny polegające na prowadzeniu pojazdu po wcześniejszym użyciu alkoholu jest zgodność normy prawnej z treścią normy moralnej akceptowanej przez społeczeństwo i tym samym adresata normy prawnej. Mając to na uwadze, piętnowanie zachowania polegającego na prowadzeniu pojazdów w stanie nietrzeźwości czy też w stanie po użyciu alkoholu, może mieć znaczenie dla procesu decyzyjnego danej osoby.

Podsumowując, należy wskazać, iż niezależnie od tego z jakim reżimem prawnym, czy polityką państwa mamy do czynienia, a także pomimo zabiegów podejmowanych przez ustawodawcę, problemy związane z prowadzeniem pojazdów w stanie nietrzeźwości czy w stanie po użyciu alkoholu stanowią znaczący problem w ujęciu globalnym. Statystyki i ich analiza jednoznacznie wskazują, iż bez względu na to, co robi w danym czasie ustawodawca, tj. czy zakwalifikuje dany czyn jako przestępstwo czy też jako wykroczenie oraz jakie sankcje zostaną przewidziane wobec sprawców tego typu czynów, to osób decydujących się na jazdę po spożyciu napojów alkoholowych nie ubywa na tyle, aby problem mógł całkowicie zaniknąć. Zmiana kwalifikacji czynu, jaka miała np. miejsce w przypadku kontrawencjonalizacji prowadzenia pojazdu innego niż mechaniczny w stanie nietrzeźwości z kategorii przestępstw do kategorii wykroczeń miała tylko wpływ na poprawę statystyki policyjnej, a jak wiadomo problem kierujących pojazdami w stanie nietrzeźwości nie zniknął. Sam ustawodawca, wobec częstych obojętnych postaw społecznych, a także nieświadomości i niewiedzy części adresatów norm, jest bezsilny, a choć kierujących pojazdami w stanie nietrzeźwości czy w stanie po użyciu alkoholu ubywa, to ubytek ten nie jest znaczący.

* * *

Selected Issues of Penalization for Driving While Being under the Influence of Alcohol – Assessment of Experiences from Poland (DWD)

This report covers analysis of legal issues related to driving under the influence of alcohol. The definition of the state of intoxication within the meaning of the Penal Code Act of the 6th June 1997 – (Journal of Laws 1997, No. 88, item 553) – („Penal Code of the Republic of Poland”) and within the meaning of the Act of 26th October 1982 on Upbringing in Sobriety

¹⁵ *Ibidem*.

and Counteracting Alcoholism (Journal of Laws 1982, No. 35, item 230), as well as the state after consuming alcohol. Next, the analysis includes legal premises of criminal liability and criminal sanctions for driving a vehicle under the influence of alcohol and driving while intoxicated. In addition, the analysis includes changes over the years of the provision of art. 178a of Penal Code and art. 87 of the Act of 20th May 1971 – Code of Offenses (Journal of Laws 1971, No. 12, item 114), including the contravention of the criminal act to the category of offenses. Next, the statistics related to the aforementioned acts were analyzed, as well as factors that affect people who decide to drive a car after consuming alcoholic beverages.

Key words: state of intoxication, state after using alcohol, criminal liability for driving a motor vehicle in a state of intoxication, criminal liability for driving a motor vehicle in the state after using alcohol, statistics

mgr Kacper Rożek¹

Uwarunkowania prawne umowy administracyjnej jako niechcianej przez polskiego ustawodawcę formy działania administracji publicznej

Streszczenie:

Umowa administracyjna jest pożądanym, aczkolwiek niewprowadzonym jeszcze do polskiego porządku prawnego, narzędziem działalności organów administracji publicznej. Pomimo jej nazwy i bezpośredniego związku z prawem prywatnym, zdominowanym wszak przez kontrakty, jej podstawą są w większości normy publicznoprawne. Ten rodzaj prawnej formy działania administracji publicznej powinien mieć niewątpliwie swoje wyrażne odzwierciedlenie w przepisach obowiązującego prawa, co podyktowane jest naczelną zasadą legalności. Przedmiotowa umowa czynić mogłaby też zadość funkcjom państwa socjalnego, w kierunku którego zmierza Rzeczpospolita Polska. Jej cechy są również obecnie zauważalne w różnego rodzaju nazwanych kontraktach, jednakże nie mogą być jej całkowicie przypisane, z uwagi na brak odpowiednich przepisów. *Ratio legis* wprowadzenia tej formy działania do polskiego porządku prawnego wydaje się być bardzo klarowne. Dlatego też nieuzasadnionym i niezrozumiałym jest ciągle rezygnowanie ustawodawcy z wprowadzenia umowy administracyjnej do polskiego prawa.

Słowa kluczowe: umowa administracyjna, forma działania, administracja publiczna, kontrakt publicznoprawny, zasada legalności

Wstęp

Zasady legalności i praworządności, które wyodrębnić można nie tylko z Kodeksu postępowania administracyjnego, ale też z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej²,

¹ Autor jest magistrem prawa (2017) oraz doktorantem w Katedrze Prawa Administracyjnego WPiA UJ.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483).

stanowią, że administracja publiczna może działać tylko w granicach i na podstawie przepisów prawa stanowionego. Oznacza to w praktyce nic innego, jak posługiwanie się takimi narzędziami, które to prawo wyraźnie przewiduje. Dlatego też z faktu udanego stosowania jakiejś formy działania w obcych prawodawstwach oraz braku polskiej regulacji w tym zakresie, organy administracji publicznej nie są władne tworzyć nowych form wypełniających pewne luki regulacyjne. W taki sposób doktrynie prawa publicznego pozostawione zostaje ważne zadanie – naukowego lobbowania u ustawodawcy w kwestii jasnego i całościowego wymienienia nowej formy działania.

Powyższy wywód wydaje się egzemplifikować forma działania administracji publicznej nieprzewidziana jeszcze *expressis verbis* przez polski porządek prawny, tj. umowa administracyjna bądź też kontrakt publicznoprawny. Bez wątplenia należy jednak stwierdzić, że jest ona już przedmiotem licznych rozważań teoretyków i praktyków prawa administracyjnego. W literaturze dostrzegany jest bowiem cały szereg korzyści, które z niej płyną, zarówno dla administracji publicznej, jak i podmiotów pozostających poza nią. Szczególny wpływ na stanowiska polskich prawników mają unormowania, a co za tym idzie doktryna i orzecznictwo, takich państw jak Niemcy czy Francja.

Niemniej jednak, umowa administracyjna, jako forma działania w innych państwach, pozostaje wciąż młodą instytucją. Wprowadzana bywa ona bowiem w sposób niezwykle chaotyczny oraz niekonsekwentny. Zresztą także i w polskim porządku prawnym można dopatrywać się umów administracyjnych w kontraktach, które na pierwszy rzut oka rządzone są przez reżim prawa prywatnego, ale po głębszej analizie wzbudzają uzasadnione ku temu wątpliwości.

Dlatego dyskusja przeprowadzona w niniejszym artykule zostanie poprowadzona z użyciem metod prawoporównawczych, historycznoprawnych oraz argumentów tak *de lege lata*, jak i *de lege ferenda*.

Prawo publiczne jako źródło unormowania umowy administracyjnej

Jak twierdzi J. Lemańska, umowy administracyjne mające za przedmiot realizację zadań publicznych różnią się od umów cywilnoprawnych tym, że są w wysokim stopniu uregulowane przez przepisy prawa administracyjnego³. Można nawet powiedzieć, że ze znaczną ich przewagą. Wątpliwej, mimo wszystko, podstawy umowy administracyjnej, orzecznictwo i doktryna doszukiwały się tak w prawie publicznym, jak i prywatnym. W związku z tym, aby określić źródło unormowania tejże prawnej formy działania administracji, niezbędna jest próba analizy poglądów przedstawianych w literaturze na temat jej prawnej przynależności. W tym celu wykorzystać należy metodę przeciwstawiania sobie prawa administracyjnego i prywatnego w odniesieniu do instrumentów, którymi posługują się obie dziedziny.

Truizmem jest stwierdzenie, że prawo publiczne przeciwstawiane jest prawu prywatnemu. W tym aspekcie powstało wiele teorii, według których rozróżnia się te dwie

³ J. Lemańska, *Umowa administracyjna a umowa cywilnoprawna* [w:] I. Skrzydło-Niżnik, P. Dobosz, D. Dąbek, M. Smaga, *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego, Księga jubileuszowa prof. J. Filipka*, Kraków 2001, s. 422.

gałęzie. W istocie najprostsze kryterium sprowadza się do negacji któregoś z praw, co oznacza, że albo dane prawo jest albo prywatne, albo publiczne⁴. Wiadomym jest jednak, że jest to zbyt daleko wybiegające uproszczenie.

Dla rozróżnienia tego, czy u podstaw danej czynności, zastosowanej formy działania, czy nawet samego prawnie zdefiniowanego zachowania się jakiegoś podmiotu leży prawo cywilne czy administracyjne, stosuje się przeróżne kryteria. Przykład stanowić może tutaj kryterium stosunku prawnego, który – jak wynika z poprzednich rozważań w obrębie prawa administracyjnego – jest co do zasady nierównorzędny⁵. W rzeczywistości istnieje *gros* stosunków prawnych, które należą do prawa administracyjnego, a są całkowicie lub tylko względnie równorzędnymi, tak jak np. forma umowy administracyjnej.

Idąc za J. Łętowskim stwierdzić należy, że podział na stosunek administracyjnoprawny i cywilnoprawny, który *prima facie* jawi się jako dychotomiczny, „coraz rzadziej niesie ze sobą automatyczną ostateczną decyzję dotyczącą jego charakteru i treści czy też drogi rozwiązywania konfliktów mogących powstać na jego tle”⁶. Z kolei E. Schmidt-Aßmann proponuje wyodrębnienie tzw. „nauki dwóch stopni”, oznaczającej wprowadzenie obok siebie instytucji prawa administracyjnego i cywilnego, czyli zakładającej ich współistnienie w ramach jednego stosunku prawnego, ale będących dogmatycznie rozdzielonymi. W taki też sposób można mówić o prawie administracyjnym prywatnym, gdzie powiązane są działania administracji i podmiotów prywatnych (tak jak może się to właśnie objawić na gruncie instytucji umowy administracyjnej)⁷.

Należy również w tym kontekście wspomnieć o bezwzględności obowiązywania norm prawa administracyjnego i dyspozycyjności norm prawa cywilnego. Normy *ius cogens*, przeciwstawnie do norm *ius dispositivum*, oznaczają, że żadna ze stron stosunku prawnego nie może zmieniać normy prawnej i musi zastosować ją tak, jak wymaga tego dana norma. Umowa administracyjna, w zależności od przyjętej przez ustawodawcę konstrukcji, tak samo jak pozostałe formy działania administracji, musi być więc zastosowana jedynie tam, gdzie zezwala na to prawo lub gdzie to prawo ją dopuszcza. Umowa administracyjna jako forma, która tworzy, zmienia lub znosi stosunek administracyjnoprawny, nie może zostać zastosowana tylko i wyłącznie z inicjatywy samych stron i nie może być przez nie dowolnie kształtowana. Powyższe przeciwstawia się normom prawa prywatnego, gdzie dopuszcza się tworzenie w miarę dowolnie stosunków prawnych, powstających właśnie z woli samych stron.

Dla strony pozostającej na zewnątrz administracji wynika z natury *ius cogens* fakt, że nie może mieć ona wpływu na treść stosunku prawnego, który będzie ukształtowany w wyniku zastosowania tej normy. Można się zastanawiać, czy wyjątkiem nie byłyby przypadkiem właśnie dwustronne i wielostronne formy działania administracji, w wykonywaniu których bierze udział przecież druga strona, odmienna od organu

⁴ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016, s. 41.

⁵ *Ibidem*, s. 42.

⁶ J. Łętowski, *Administracja, prawo, orzecznictwo sądowe*, Wrocław 1985, s. 129.

⁷ E. Schmidt-Aßmann, *Ogólne prawo administracyjne jako idea porządku. Założenia i zadania tworzenia systemu prawnoadministracyjnego*, Warszawa 2011, s. 365, za: J. Zimmermann, *op.cit.*, s. 43.

administracji publicznej. Jak podkreśla J. Zimmermann, powyżej opisany stan faktyczny sprowadzający się do wspólnego zastosowania normy *ius cogens* nie pozbawia jej charakteru bezwzględności w obowiązywaniu⁸. Jest to kolejny argument, który uzasadniałby tezę, że to właśnie prawo publiczne, a wężiej prawo administracyjne, leży u podstaw regulacji umowy administracyjnej i że przepisy, które wprowadzają albo dopuszczają jej zastosowanie, są właśnie bezwzględnie obowiązujące.

Ponadto sam wymóg podstawy prawnej i podstawy faktycznej, jak wskazuje J. Filipek, oraz następstwa prawne zawarcia umowy administracyjnej, czyli wywołanie autorytatywnych skutków w sferze praw i obowiązków jednostki, czyni ją instytucją przynależną właśnie do prawa administracyjnego⁹.

Potwierdzenie powyższych rozważań jest również widoczne na gruncie prawa francuskiego, gdzie organy administracji mają pewne prerogatywy przewidziane w konstrukcji umowy administracyjnej, jak m.in. prawo do nakładania sankcji czy jednostronnej zmiany umowy. Poza tym sam jej cel, jakim jest wykonywanie służby publicznej przez podmiot zawierający ją z organem, determinujący wszystkie typy francuskich umów administracyjnych, wskazuje na jej przynależność do sfery prawa publicznego. Jej charakter może również wynikać z przewidzenia jej wprost przez przepisy ustawy, jak zostało już to wspomniane wcześniej, albo z przedmiotu umowy (kiedy np. jedną ze stron jest podmiot publiczny), albo kiedy przedmiotem jej jest organizowanie lub wykonywanie usługi ogólnodostępnej¹⁰.

Na koniec dotychczasowych rozważań wydaje się koniecznym zaznaczenie, że przedstawiciele polskiej doktryny zastanawiają się, jak można zakwalifikować poszczególne rodzaje kontraktowania administracji: czy należy je zaliczyć do prawa prywatnego, prawa publicznego, a może stwierdzić, że mają charakter hybrydowy i czerpią swoją podstawę z obu dziedzin¹¹. J. Starościak w swoich rozważaniach posługiwał się tylko terminem „umowa”, nie kwalifikując jej jako prywatnoprawnej ani publicznoprawnej. Uznał istotę obecności tej formy wśród działań administracji publicznej oraz to, że powinna być ona regulowana przez przepisy prawa administracyjnego i cywilnego, z różnym stopniem ingerencji norm tego pierwszego¹². Zwrócić należy uwagę jednak na fakt, że autor ten swoje konstatacje formułował jeszcze w czasach poprzedniego, socjalistycznego ustroju państwa, w którym jakiegokolwiek kontraktowanie administracji z podmiotami zewnętrznymi wydawało się irracjonalne. Na kanwie powyższego rodzi się w polskiej myśli administratywistycznej pytanie, jaki ma w ogóle sens poszukiwanie idealnego charakteru kontraktów zawieranych przez organy administracji. Odpowiedź wydaje się być jednak prosta i jednoznaczna: robi się to po to, aby zagwarantować poszczególnym podmiotom odpowiednią ochronę, aby wyeliminować niepewność prawa i w końcu, żeby uczynić zadość zasadzie państwa prawa.

⁸ J. Zimmermann, *op.cit.*, s. 46–47.

⁹ J. Filipek, *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne*, Kraków 2001, s. 143.

¹⁰ M. Kania, *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2013, s. 129–130.

¹¹ *Ibidem*, s. 141.

¹² J. Starościak, *Prawne formy działania administracji*, Warszawa 1957, s. 261–262.

Pojęcie umowy administracyjnej

Umowa publicznoprawna, nazywana niekiedy zamiennie umową administracyjną, co nie powinno jednak odbywać się automatycznie (zob. niżej), może stanowić alternatywę dla rozstrzygania spraw administracyjnych w drodze aktu administracyjnego.

Należy jednak już na wstępie zaznaczyć, że istnieje wiele rodzajów umów publicznoprawnych. W państwach federacyjnych zawierają je między sobą poszczególne kraje związkowe, członkowie tej federacji między sobą czy też członkowie ze związkiem. Można spotkać również umowy publiczne państwa z Kościołami i związkami wyznaniowymi, chociaż należy być ostrożnym co do nazewnictwa i zwrócić uwagę na fakt, że w literaturze istnieje spór, czy można wspomniane umowy określać używając właśnie przymiotu publiczności. Umowy publicznoprawne mogą być również analizowane na gruncie prawa międzynarodowego. Wtedy są rozumiane jako traktaty, które wspólnoty mogą zawierać w ramach przysługujących im kompetencji z państwami trzecimi i organizacjami międzynarodowymi oraz z państwami-członkami Unii Europejskiej. Nie akceptuje się jednak powszechnie stanowiska o zawieraniu umów publicznoprawnych rozumianych wężej – z członkami wspólnoty, ponieważ stwarzałoby to możliwość nałożenia na poszczególne państwa zobowiązań ponad przewidziany prawem europejskim standard. Jedynie w sytuacjach, gdy państwa członkowskie mogłyby w drodze umowy realizować zobowiązania wynikające wprost z przepisów tego prawa, umowa prawa publicznego w tym rozumieniu byłaby gwarancją szybszego osiągnięcia zamierzonych rezultatów oraz ściślejszego przestrzegania jej postanowień przez strony niż w drodze np. rozporządzenia. Umowy międzynarodowe *per se*, chociaż posiadają przymiot publiczności, pozostają innym tworem prawnym niż dotychczas analizowany¹³.

Trzeba zwrócić więc uwagę na to, że umowa publicznoprawna jest pojęciem szerszym od umowy administracyjnej będącej głównym przedmiotem tej pracy i je w sobie zawiera. Stwierdzić należy więc za Z. Cieślikiem, że umowa administracyjna jest umową prawa publicznego w węższym zakresie¹⁴ i tym samym należy odrzucić pogląd, który wyraża m.in. A. Panasiuk o tożsamości obu pojęć¹⁵.

Umowa administracyjna, zgodnie z niemiecką ustawą o postępowaniu administracyjnym, jest środkiem, za pomocą którego powstaje, zostaje zmieniony lub zniesiony na drodze porozumienia stron, stosunek prawny w obszarze prawa publicznego, wężej administracyjnego. Pamiętając, że według definicji zaproponowanej przez F. Longchamps, stosunek administracyjnoprawny powstaje wtedy, gdy zaistnieją określone przez prawo warunki, łączące skutki prawne z niektórymi tylko zdarzeniami faktycznymi¹⁶, należy stwierdzić, że warunkiem zawarcia umowy jest dążenie do skonkretyzowania norm prawa materialnego, które mogłoby się odbyć również w klasycznej formie jednostronnego aktu administracyjnego. Słusznie zatem twierdzi E. Ochendowski,

¹³ Z. Cieślik, *Umowa administracyjna w państwie prawa*, Kraków 2004, s. 101–102.

¹⁴ *Ibidem*, s. 34–35.

¹⁵ A. Panasiuk, *Umowa publicznoprawna. Próba definicji*, PiP 2008, z. 2, s. 18.

¹⁶ J. Zimmermann, *op.cit.*, s. 293.

że umowa administracyjna może stanowić niejako surogat aktu administracyjnego¹⁷. Cel obu form działania administracji publicznej jest więc taki sam. Różnica zawiera się jedynie w ich charakterze i procedurze powstawania¹⁸. Akt jest wydawany (zaznacza się więc tutaj władztwo), natomiast umowa jest zawierana (zwraca się uwagę na równorzędność podmiotów).

Na zakończenie wywodów dotyczących samego pojęcia umowy administracyjnej należy wskazać za J. Bociem na istnienie umów publicznoprawnych jako form związanych ze wspólnym wykonywaniem, powierzaniem lub przekazywaniem zadań z zakresu administracji publicznej¹⁹. Dodatkowo, jak podsumowuje J. Zimmermann, umowa administracyjna dochodzi do skutku po negocjacjach między administracją a obywatelem, którzy są wobec siebie w pozycji równorzędnej, bez uzależnienia od władztwa administracyjnego. Umowa taka powinna stwarzać stan prawny zgodny z oczekiwaniami obu stron. Co do zasady nie powinny się o nią toczyć dalej spory²⁰, chociaż jest to założenie dość utopijne, bowiem na gruncie prawa cywilnego również tworzone są co do zasady stany prawne i faktyczne, które powinny odpowiadać obu stronom, jednakże spory wynikłe na tle ich realizacji są częste.

Umowa administracyjna jako forma charakterystyczna dla socjalnego państwa prawa

W celu poznania *ratio legis* wprowadzania umowy administracyjnej do prawodawstw współczesnych państw demokratycznych, możliwości, jakie niesie za sobą ta forma działania administracji publicznej oraz zakresu, w jakim może być ona wykorzystywana w praktyce, należy przedstawić wymagania, jakie stawia się administracji w państwie opiekuńczym, inaczej nazywanym socjalnym.

W państwie takim rolę administracji publicznej jest nie tylko zagwarantowanie sprawiedliwości społecznej w sensie formalnym, a więc ochrona wolności jednostek od zagrożeń mogących zahamować ich rozwój i przekształcanie rzeczywistości (wolność rozumiana negatywnie), ale również zaoferowanie konkretnych świadczeń na rzecz obywateli i angażowanie się w działalność gospodarczą, co oznacza ochronę wolności obywatela do życia na pewnej stopie. Państwo socjalne jest państwem opiekuńczym, kontrolującym i reglamentującym znacznie szerszą sferę życia²¹. Obywatel nie jest pozostawiony sam sobie i nie posiada już wolności ograniczonej jedynie przez wolność innej jednostki, zgodnie z zasadą *laissez-faire*. Posiada on wszakże uzasadnione w konkretnych sytuacjach faktycznych roszczenia wobec państwa, które to władza będzie chciała albo nawet i musiała spełnić.

Egzekutywa nie może być więc już dłużej rozumiana jako władza typowo wykonująca ustawy, a organy administracji publicznej jako „usta ustawy” (podobnie do określenia

¹⁷ E. Ochendowski, *Prawo administracyjne, Część ogólna*, Toruń 2004, s. 204–205.

¹⁸ Z. Cieślík, *op.cit.*, s. 37.

¹⁹ J. Boć, *Gmina w Belgii*, Wrocław 2003, s. 70–71.

²⁰ J. Zimmermann, *op.cit.*, s. 388.

²¹ Z. Cieślík, *op.cit.*, s. 21–26.

sędziów w wymiarze sprawiedliwości)²². W socjalnym państwie powinna się ona charakteryzować inicjatywą i kreatywnością. Dlatego też lista instrumentów, którymi posługują się organy władzy, rozszerza się tak bardzo, jak szybko powstają nowe skomplikowane ich zadania.

Według P. Badury „wielkość celów państwa socjalnego jest nie do pogodzenia ze skróconym na potrzeby państwa liberalnego monizmem form działania”²³, wyrażającym się przede wszystkim w stosowaniu władczych, jednostronnych rozstrzygnięć. Zdaniem Z. Cieślika akt administracyjny nie jest przydatny w realizacji takich zadań jak budowa dróg, publicznych placówek kulturalnych, obiektów sportowych czy innych świadczeń, do których administracja jest zobowiązana. Zamierzone rezultaty mogą być z kolei osiągnięte w sposób najbardziej ekonomiczny poprzez współpracę podmiotów bezpośrednio zaangażowanych, tj. z jednej strony organu administracji, a z drugiej zainteresowanej jednostki. Wyniki ich uzgodnień, o ile są zgodne z obowiązującym prawem, określają na równi z przepisami ustaw treść ostatecznej decyzji administracyjnego stosowania prawa. Taki proces uzgadniania treści konkretyzowanego stosunku administracyjnoprawnego, a więc nakazów, zakazów, uprawnień czy obowiązków (nazywany negocjacjami) usprawnia z założenia samo załatwienie sprawy oraz gwarantuje uczynienie tego w sposób zgodny z oczekiwaniami obu stron²⁴. Im bardziej w życiu jednostek niezbędne stają się takie świadczenia, których skuteczne spełnienie przez podmioty prywatne, podejmowane według praw ewoluującego *nota bene* rynku, może być zagrożone, tym bardziej jednostka żąda od administracji publicznej pewnych zabezpieczeń administracyjnoprawnych wkraczających jednocześnie w obrót cywilno-prawny. Dlatego też, zachowując swoje uprawnienia w zakresie stosowania prawa i nadzorowania aktywności jednostek prywatnych, administracja powinna rozleglejsze działania gospodarcze, kulturalne, czy społeczne pozostawiać właśnie w ich rękach. W realizacji powyższego, jak twierdzi J. Filipek, z pomocą przychodzi właśnie instytucja umowy administracyjnej²⁵.

Nie da się nie zauważyć, że dyrektywą dzisiejszego państwa socjalnego jest wyposażenie urzędników w swobodę działania, która charakteryzuje się szerokim zakresem uznania, licznymi przepisami dyspozytywnymi w prawie administracyjnym oraz częstym stosowaniem form niewładczego, nieformalnego działania²⁶. Należy w tym miejscu nie zgodzić się z proponowanym przez Z. Cieślika określeniem „nieformalny” wobec niewładczych form działania administracji, w tym umowy administracyjnej. Tak jak zostało to już opisane wcześniej, wszelkie formy działania administracji są *sui generis* „formalne”. Istnieją bowiem prawem zagwarantowane reguły ich stosowania, odnoszące się do zakresu przedmiotowego i podmiotowego. Wymaga podkreślenia fakt, że nawet w państwie socjalnym każde działanie administracji musi mieć swoje oparcie w przepisach prawa, a to ze względu na omnipotentną zasadę demokratycznego państwa prawa.

²² *Ibidem*, s. 27–28.

²³ P. Badura, *Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat* [w:] Z. Cieślik, *Umowa...*, s. 28.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ J. Filipek, *op.cit.*, s. 142.

²⁶ Z. Cieślik, *op.cit.*, s. 31.

Podsumowując, w myśl wymienionych do tej pory autorów, a także J.S. Langroda, kontrakt administracyjny w rozwijającym się coraz bardziej państwie opiekuńczym może stać się w przyszłości podstawą całego wręcz administrowania²⁷, z czym nie wypada się nie zgodzić. W Polsce, jak i w większości współczesnych państw europejskich, zarysowuje się właśnie już od lat wspomniana tendencja przechodzenia od założeń państwa liberalnego do coraz bardziej socjalnego. Dlatego też umowa administracyjna jawić się będzie jako ta forma działania administracji, która jednocześnie odpowiada jej funkcji świadczącej, jak i rozszerzającej się roszczeniowości obywatela względem władzy publicznej.

Umowa administracyjna a kwestia jej legalności

W ustawodawstwie niemieckim, zgodnie z § 54 ustawy o postępowaniu administracyjnym (*Verwaltungsverfahrensgesetz*)²⁸, legalność umowy administracyjnej zależy jedynie od tego, ażeby w wykonaniu generalnego upoważnienia do jej zastosowania wpływała na stosunek administracyjnoprawny łączący organ administracji z obywatelem, przy czym nie może naruszać przepisów prawa. Nie oznacza to jednak, że organ może kontraktować w dowolnym zakresie, według subiektywnie pojmowanego celu jego działania. Z powyższego wynika, że szczególne znaczenie w tej kwestii ma ogólna zasada związania państwa prawem.

Rodzaje umów administracyjnych w Niemczech zostały już nakreślone powyżej w kontekście ich przedmiotu oraz podmiotów je zawierających. Równie ważnym jest ponadto odniesienie się do rozwiązań dotyczących ich zgodności z prawem stanowionym, ewentualnej wadliwości i relacji względem ogólnej zasady legalności. I tak w ugodzie (*Vergleichsvertrag*) organ z podmiotem zewnętrznym umawiają się co do niepewnej kwestii prawnej lub faktycznej, aby umożliwić ekonomizację postępowania. Oprócz ogólnej podstawy prawnej zezwalającej na takie działanie nie istnieje żadna inna podstawa, która ustalałaby przesłanki tychże uzgodnień, a w szczególności ustępstw w zakresie prawa. Oznacza to, że strony ugody mogłyby rozstrzygnąć wątpliwości co do prawa również w sposób z nim sprzeczny, co nie powinno być jednak uprawnione. Również przy umowach wymiany (*Austauschvertrag*) dochodzić może do zobowiązywania się administracji do takich świadczeń, które nie są przewidziane przez przepisy prawa materialnego. Wydaje się, że przez taką regulację legitymowane jest działanie organu *contra legem*²⁹. Należałoby poddać krytyce takie rozwiązanie, albowiem w demokratycznym państwie prawa, w którym podkreślana jest zasada legalności, nie powinno być miejsca na akceptację zachowania prawem nieuregulowanego (w przypadku prawa publicznego) albo przez nie zakazanego. W takiej sytuacji za każdym razem powstawać by mogło pytanie, dlaczego akurat przy tej instytucji i to w takim, a nie innym zakresie, działanie przeciwko prawu jest dopuszczalne. Mogłoby

²⁷ J.S. Langrod, *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej. Reprint*, Kraków 2003, s. 280.

²⁸ *Verwaltungsverfahrensgesetz* aus 25 Mai 1976, <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/vwvfg/gesamt.pdf>, 09.01.2017.

²⁹ Z. Cieślík, *op.cit.*, s. 47.

to też przyczynić się do nadmiernego nadużywania prawa przez organy administracji publicznej, albowiem ich zachowania nie byłyby sankcjonowane, a wręcz przeciwnie – nawet przez ustawodawcę wspierane. Odnosząc zaistniałą sytuację do polskiej rzeczywistości trzeba stwierdzić za P. Sarneckim, że niewystarczające jest dochowanie wymogu nienaruszania prawa w toku czynności administracyjnych, a potrzeba do ich podejmowania wyraźnych podstaw³⁰. Również S. Kasznica stał na straży ścisłego związania władz administracji normami prawa, tłumacząc, że jest to jedyna tak mocna gwarancja realizacji zasad praworządności i równości³¹.

W przytoczonym niejednokrotnie już w pracy projekcie ogólnych przepisów prawa administracyjnego czy projekcie noweli Kodeksu postępowania administracyjnego³², przewidywano możliwość zawierania kontraktów administracyjnych dokładnie na wzór niemiecki, wprowadzając generalne upoważnienie ograniczone wyraźnym zakazem ustawowym. Można by się było i w tym miejscu zastanawiać, jak owo upoważnienie odnosi się do załatwiania spraw, które w ogóle nie są ujęte w przepisach prawa materialnego. Czy – jeśli ich charakter pozwala na zastosowanie umowy, ale jednocześnie nie są one *explicite* oddane organom administracji w celu ich załatwienia – to działanie to nadal będzie zgodne z prawem? Literatura jest w tym przypadku rozdarta. Nie ma jednej niespornej odpowiedzi.

Zgodnie z art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej każde działanie władzy publicznej musi mieć podstawę prawną oraz mieścić się w granicach prawa. Brak specyfikacji wspomnianych działań oznaczać będzie więc ich całość, bez względu na to w jakiej formie prawnej zostaną one zmaterializowane. Oznacza to, że zarówno użycie danej formy, jak i jej zakres przedmiotowy i podmiotowy na gruncie polskiego prawa powinien zostać ustalony przez ustawę. Z uwagi na to, że istnieje wymóg legitymacji prawnej dla wszelkiej działalności organów państwa, to często zasada legalizmu wiąże się ze znaną prawu administracyjnemu zasadą kompetencyjności³³. Jednak nie każda kompetencja musi zostać ustalona w ten sam sposób, o tym samym stopniu szczególności. Jak podaje J. Lemańska, do pewnych działań wystarcza kompetencja ogólna, a wtedy organ działa samodzielnie tak, aby nie przekroczyć ogólnych norm kompetencyjnych i zasad konstytucyjnych. Prawnie może być określone bowiem nie tylko zadanie, ale i też cel³⁴. Problem ten rozwija dalej również J. Boć. Według tego autora w sferze regulacji normatywnych główny problem wyposażenia administracji w taką formę działania wyraża się w pytaniu, czy należy dawać pewne możliwości (szersze pole działań) czy też je ograniczać. Zarazem powstaje również kwestia czy dawać kompetencje, czy jednocześnie określać też cele³⁵. Jednym z założeń proponowanych przez tego autora jest zgodność umów administracyjnych przede wszystkim z Konstytucją,

³⁰ P. Sarnecki, *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 1999, s. 30.

³¹ S. Kasznica, *Polskie prawo administracyjne. Pojęcia i instytucje zasadnicze*, Poznań 1946, s. 118.

³² Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2017, poz. 1257).

³³ Z. Rybicki, S. Piątek, *Zarys prawa administracyjnego i nauki administracji*, Warszawa 1984, s. 247–248.

³⁴ J. Lemańska, *op.cit.*, s. 422.

³⁵ J. Boć, *Umowa administracyjna* [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, *System Prawa Administracyjnego*, t. 5, Warszawa 2013, s. 265.

zasadami z niej wynikającymi, a także z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego³⁶. Wydaje się jednak, idąc za A. Panasiukiem i J. Filipkiem, że należy odnieść całą istotę konstrukcji umowy administracyjnej do podstawowej zasady administracji, a mianowicie do zasady legalizmu. Autorzy zgodnie podkreślają, że każda działalność podmiotu publicznego musi wynikać z norm prawnych powszechnie obowiązujących. Nie można przecież mówić ani o państwie, ani o administracji, ani też o formach jej działania bez szczegółowych podstaw ich istnienia³⁷.

Cały problem określenia legalności umowy administracyjnej tkwi w wymienionym już pojmowaniu zasady związania państwa prawem. Ścisłe czy – inaczej nazywane w literaturze – mocne związanie organów administracji obowiązującymi przepisami prawa powodowałoby sytuację, w której nie można byłoby dopuścić formy umowy administracyjnej, jeżeli nie została ona przewidziana przez prawo, tak jak jest to zaznaczone powyżej. Takie podejście związane jest z pozytywizmem prawnym i obecnie jest często krytykowane³⁸. Podnosi się dzisiaj, że nie wolno ograniczać organów administracji publicznej wyposażonych we władztwo administracyjne w posługiwaniu się umowami administracyjnymi. Ich legitymacja prawna pochodzić może przecież z ogólnych zasad prawa, takich jak *pacta sunt servanda* czy zasady dobrej wiary (*Treu und Glaube*). Argumentuje się powyższy pogląd w taki sposób, że mogą zaistnieć takie stany faktyczne, w których administracja jest w stanie lepiej, precyzyjniej wyważyć ocenę konkretnej sytuacji i uznać, że dane działanie jest uzasadnione ze względu np. na interes jakiejś społeczności czy ogólnie interes społeczny, chociaż ustawa go nie przewiduje³⁹. Wymienia się ponadto takie dziedziny prawa, które nazywa się niekiedy „materiami otwartymi na umowę”. Należą do nich sfera administracji świadczącej, koncesja, subwencja, organizacja administracji, w których nie powinno się mówić o nieważności umowy zawartej bez podstawy prawnej⁴⁰. Z drugiej strony trafnie podnosi się, że wiele czynności, które dla jednych będą przynosić korzyści, innych będą tych korzyści pozbawiać, a wtedy będzie mowa już o administracji wkraczającej w życie jednostek, a nie świadczącej⁴¹. Ciekawej, ale zarazem nie do końca akceptowalnej interpretacji dokonał Federalny Sąd Administracyjny w Niemczech. Otóż według poglądu niemieckiej judykatury mowa jest o bezwzględnym związaniu administracji ustawą wszędzie tam, gdzie wkracza ona w sferę praw jednostek w sposób istotny (jest to tzw. teoria istotności – *Wesentlichkeitstheorie*). Przykład może stanowić wkroczenie w prawa zagwarantowane konstytucyjnie. W pozostałych wypadkach stopień naruszenia, a przez to forma i zakres działania administracji, powinien być badany *in casu*, ale z pewnością nie powinien być przesądzany na niekorzyść zastosowania danego rozwiązania prawnego⁴². Rodzi

³⁶ *Ibidem*, s. 268.

³⁷ J. Filippek, *op.cit.*, s. 15.

³⁸ E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlin 1956, s. 253.

³⁹ Z. Cieślík, *op.cit.*, s. 69.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 70.

⁴¹ *Ibidem*, s. 82.

⁴² *Ibidem*.

to właśnie kolejny problem w dyskusji o legalności i istnieniu bądź też braku podstawy prawnej do kontraktowania w prawie publicznym.

Przechodząc teraz do innego aspektu zasady legalności można rozpocząć od dosyć banalnego stwierdzenia, że umowa, jak to jest przewidziane w prawie prywatnym, może być oczywiście obciążona błędami, które czynią ją niezgodną z prawem. Konsekwencją powyższego jest, w zależności od przyjętego systemu rozwiązań, sytuacja, iż błędy te mogą doprowadzić do stwierdzenia jej nieważności, uchylecia lub stwierdzenia zawarcia z naruszeniem prawa. Zgodnie z niemiecką ustawą o postępowaniu administracyjnym umowa obciążona błędem będzie nieważna. Tylko taki skutek został przez ustawodawcę przewidziany. Przede wszystkim jego przyczyną będzie niezgodność z przepisami prawa cywilnego, a w tym brak zdolności prawnej lub zdolności do czynności prawnych partnera umowy, uchybienie formie pisemnej czy naruszenie dobrych obyczajów⁴³. Dodatkowo ustawodawca wymienia w katalogu zamkniętym sytuacje, w których umowa administracyjna jest nieważna, odnosząc się każdorazowo do przesłanek nieważności aktu administracyjnego. Sankcja nieważności jest więc wyjątkiem od zasady braku reakcji prawnej na wadliwą umowę⁴⁴.

Ponadto zwraca się w literaturze uwagę na to, że – co do zasady – strony wyrażające zgodę na zawarcie umowy o takiej, a nie innej treści, pomimo faktu noszenia przez nią znamion wadliwości, same pozbawiają się możliwości jej wzruszania, a to w myśl zasady *volenti non fit iniuria*. Jednakże wydaje się, że zasadę tę powinno odczytywać się z pewnym dystansem, odpowiednim dla prawa publicznego, i każdorazowo sprawdzać, czy i która strona jest godna ochrony. Jeżeli dojdzie się do konstatacji, że uzasadniona jest ochrona np. interesu publicznego albo ważnego interesu podmiotu prywatnego, to powinno się dopuścić prawem przewidziane możliwości wzruszenia umowy administracyjnej (tu: stwierdzenia jej nieważności ze wszystkimi za tym idącymi skutkami)⁴⁵.

W projekcie ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego⁴⁶ nie przewidywano adaptacji wyżej wymienionej koncepcji nieważności umowy administracyjnej, proponując formułę jej bezskuteczności. Każda sprzeczność z prawem, nie tylko z przepisami omawianego projektu, ale też i innymi ustawami szczególnymi oraz w odpowiednim zakresie również przepisami kodeksu cywilnego, powodowałaby brak doniosłości prawnej takiej umowy. Brak odnoszenia się każdorazowo do przesłanek nieważności aktu administracyjnego pozwala na stwierdzenie, że zamysłem projektodawcy było uczynienie z umowy administracyjnej elastycznego instrumentu realizacji zadań publicznych, jednak dość trwałego⁴⁷. Z kolei w projekcie noweli

⁴³ A. Kubiak, *Koncepcja umowy administracyjnej na tle projektu Przepisów ogólnych prawa administracyjnego*, PiP 2009, nr 4, s. 46–58.

⁴⁴ Z. Cieślak, *op.cit.*, s. 51.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 51–52.

⁴⁶ Projekt ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego, <https://www.rpo.gov.pl/pliki/12059280660.pdf>, 02.02.2017.

⁴⁷ A. Kubiak, *op.cit.*, s. 46–58.

Kodeksu postępowania administracyjnego⁴⁸ przewidziano korzystanie z trybów nadzwyczajnych wzruszenia decyzji administracyjnej, a więc również możliwość stwierdzenia nieważności umowy administracyjnej czy wznowienia postępowania w danej sprawie. Taki kierunek legislacji uzasadniałby jednak przyznanie prymatu zasadzie zgodności działań administracji publicznej z prawem i brak zgody na pozostawianie w obrocie prawnym jakichkolwiek skutków z nim niekompatybilnych.

Podsumowując dotychczasowe rozważania należy przyjąć, że praktycznie w każdym ustawodawstwie, które dopuszcza formę umowy administracyjnej jako jednego z możliwych działań administracji, podkreślana jest zasada legalności, a w jej konsekwencji wymóg zgodności z prawem zarówno samego zastosowania umowy, jak i też jej poszczególnych postanowień. W niektórych państwach zauważalna jest jednak tendencja do odchodzenia od tej zasady na rzecz różnych zasad prywatnoprawnych, które w perspektywie rodzimego porządku prawnego nie mogłyby być uznane za wiodące w prawie publicznym. Należy stanąć na stanowisku, że naczelne zasady konstytucyjne oraz ustawowe omówione w tym punkcie powinny zostać uszanowane, a w związku z tym możliwość wykorzystania umowy administracyjnej powinna mieć swoje wyraźne odzwierciedlenie w prawie, jej treść nie powinna być ani z tym prawem sprzeczna, ani zmierzać do jego obejścia, a wreszcie każda umowa obarczona błędem powinna zostać wyeliminowana z porządku prawnego. Już sama możliwość kontrahowania między organem administracji a podmiotem zewnętrznym jest dostatecznym odejściem od klasycznego pojmowania administracji. Jeszcze większa liberalizacja tych stosunków mogłaby, zarówno w teorii, jak i praktyce, podkopać sens istnienia administracji w dotychczasowym rozumieniu.

Próby uregulowania umowy administracyjnej w Polsce

Jak zostało to już wspomniane powyżej, rozwiązania przyjęte wśród obcych prawodawstw, przewidujące możliwość administracyjnego kontraktowania oraz rzeczywistą wartość ekonomiczną i juretyczną przedmiotowej konstrukcji, przemawiają za tym, że powinna ona zostać wprowadzona w polskim kodeksie postępowania administracyjnego. *De lege ferenda* można mówić o wprowadzeniu umowy administracyjnej do polskiego porządku prawnego w dwojaki sposób. Po pierwsze, dzięki praktyce podejmowanych przez organy administracji publicznej działań i nieodzownie z nimi związanego orzecznictwa sądowego, a po drugie, może zostać ona wyrażona *expressis verbis* przez przepisy prawa pozytywnego, najpewniej przepisy procedury administracyjnej⁴⁹.

W Polsce pojawiły się do tej pory dwa dokumenty, które miały za swoje założenie wprowadzenie umowy administracyjnej do systemu prawa. Po pierwsze, w Projekcie przepisów ogólnych prawa administracyjnego z 2008 roku⁵⁰, opracowanym przez zespół

⁴⁸ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, <http://www.konsultacje.gov.pl/node/4203>, 2.02.2017.

⁴⁹ M. Kania, *op.cit.*, s. 126.

⁵⁰ Projekt ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego, <https://www.rpo.gov.pl/pliki/12059280660.pdf>, 02.02.2017.

ekspercki przy Rzeczniku Praw Obywatelskich, umowa miała dotyczyć właśnie opisanego już stosunku administracyjnoprawnego, jaki miałby połączyć pozostające ze sobą dotychczas w nierównorzędnej pozycji podmioty: organ administracji publicznej oraz jednostkę w sferze zewnętrznej. Na jej łamach miało dojść do konkretyzacji uprawnień i obowiązków tego drugiego. Po drugie, podobna regulacja znalazła się w dużo bardziej aktualnym Projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego z 2016 r.⁵¹ Zgodnie z tymi przepisami znów umownie stosunek administracyjnoprawny zostałby stworzony albo zmodyfikowany, a sama sprawa administracyjna byłaby uznana za załatwioną, z tym że w formie konsensualnej.

Zakończenie

Uregulowanie prawne umowy administracyjnej jako narzędzia, którym posługiwać może się w swojej działalności organ administracji publicznej, wydaje się być warunkiem *sine qua non* zastosowania, a nawet nazwania pewnych przejawów aktywności administracji publicznej kontraktem publicznoprawnym. Za powyższym przemawiają następujące argumenty, które pojawiły się w przeprowadzonym wywodzie, tj. prawo publiczne leżące u podstaw zastosowania umowy międzynarodowej (skoro ma ona regulować prawa i obowiązki podmiotu zewnętrznego wobec administracji), samo pojęcie umowy *administracyjnej*, czy też wymóg jej zgodności z obowiązującym prawem.

Nieuzasadnionym wydaje się ciągle rezygnowanie ustawodawcy z wprowadzenia tej instytucji do polskiego porządku prawnego. Rzeczpospolita Polska ewoluuje przecież od państwa liberalnego do państwa socjalnego, przez co wyraża się coraz większą opiekunkczością czy partnerstwem wobec podmiotu zewnętrznego. Przedmiotowa forma działania odpowiada nie tylko funkcji świadczącej administracji, ale też rozszerzającej się roszczeniowości obywatela względem władzy publicznej.

Ostatecznie należy przyjąć, że wiele nazwanych albo wykorzystywanych w praktyce kontraktów prywatnoprawnych nosi cechy publicznoprawne. Mogą one odnosić się zarówno do podmiotów, które zawierają daną umowę, jak i do przedmiotu, który ta umowa reguluje (np. wykonanie zadania publicznego, ciążącego na administracji). Przykłady konkretnych umów budzących wątpliwości co do swej natury prawnej zostały wszak podane powyżej.

Na zakończenie należy stwierdzić, że umowa administracyjna jest polskiej praktyce administracyjnej potrzebna. Znalazłaby ona przecież zastosowanie wszędzie tam, gdzie administracja musi porzucić większość przymiotów władztwa i zrównać się w relacji z podmiotem zewnętrznym, a to tak z pożytkiem dla interesu publicznego, jak i interesu indywidualnego kontrahenta.

⁵¹ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, <http://www.konsultacje.gov.pl/node/4203>, 2.02.2017.

* * *

Legal Aspects of an Administrative Contract as a Form of Activity Unwanted by the Polish Legislator in the Public Administration

An administrative contract constitutes an useful and desired tool in administrative authorities' activity. This type of contract, however, has not been implemented to the Polish legal system yet. Despite its name – „a contract” – which resembles contracts as known by the law of obligations, an administrative contract is based on the public legal norms. This type of legal form of public administration activity should, without a doubt, have its roots in the legal norms in force. This can be justified by the legality principle that dominates in the administrative law. An administrative contract could also correspond with the functions of social state. What is striking about the administrative contract is that its characteristics can now be found in many named contracts that we speak of today. The rationale behind the implementation of such form into the Polish legal system seems clear and visible. That is why the reasons for the administrative contract being constantly turned down by the legislator are not understood.

Key words: administrative contract, form of public authority's activity, public administration, principle of legality, social state

Marcin Biskupski¹

Czy Polska potrzebuje urzędu wiceprezydenta?

Streszczenie:

Tragiczne zdarzenia z 10 kwietnia 2010 r. były nie tylko wielkim wstrząsem dla całego Narodu, ale także stanowiły ważny test dla sprawności funkcjonowania państwa. Pierwszy raz od uchwalenia obecnie obowiązującej Konstytucji doszło do zastosowania przepisów odnoszących się do zastępstwa głowy państwa w wyniku śmierci Prezydenta. Zdarzenia te uwiarykowały niedoskonałości rozwiązań zastosowanych w tekście Konstytucji. Analiza zagadnienia rozpoczyna się od zaprezentowania istniejących na świecie modeli zastępstwa głowy państwa. W dalszej części stanowi krytyczną ocenę obecnych rozwiązań odnoszących się do omawianego zagadnienia, by następnie, poszukując alternatywy dla istniejących niedoskonałości, zaprezentować możliwość wprowadzenia w Polsce urzędu wiceprezydenta jako jednego z możliwych rozwiązań udoskonalenia postanowień Konstytucji w omawianym zakresie.

Słowa kluczowe: Prezydent, Wiceprezydent, Konstytucja, Trybunał Konstytucyjny, Marszałek

Tragiczne zdarzenia z 10 kwietnia 2010 r. w sposób gwałtowny zakończyły sprawowanie urzędów przez szereg najważniejszych osób w państwie, w tym przez Prezydenta Rzeczypospolitej. Sytuacja ta, oprócz niewątpliwej tragedii i żałoby, wywołała także szereg problemów natury prawnej. Była bardzo ważnym testem w kontekście efektywności funkcjonowania państwa w ogólności, ale także – w sposób szczególny – dotyczyła postanowień Konstytucji odnoszących się do tymczasowego wykonywania obowiązków głowy państwa w obliczu śmierci Prezydenta. Pomimo iż nie sposób nie zgodzić się z opinią, że państwo i jego system prawny w tamtym okresie zdało ten jakże ważny egzamin, to również nie sposób nie zwrócić uwagi na fakt, iż zaistniała sytuacja

¹ Autor jest studentem IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

uwypatniła niedoskonałości rozwiązań wprowadzonych Konstytucją z 1997 r. Sytuacja ta powinna dać asumpt do udoskonalenia rozwiązań konstytucyjnych na wypadek opróżnienia urzędu Prezydenta, a także do rozważenia nowych rozwiązań, związanych z wprowadzeniem urzędu wiceprezydenta.

1. Instytucja wiceprezydenta we współczesnych krajach demokratycznych

Zastępstwo głowy państwa w poszczególnych republikańskich porządkach konstytucyjnych przyjmuje bardzo różne formy. Różnice te odnoszą się nie tylko do kształtu obowiązujących procedur tymczasowego przekazywania obowiązków głowy państwa, ale przede wszystkim dotyczą kręgu podmiotów, którym powierza się wypełnianie obowiązków prezydenta. Gwoli dokonania usystematyzowania można wyróżnić cztery podstawowe normatywne modele rozwiązań w tym zakresie:

1. Model zastępstwa przewodniczącego parlamentu.
2. Model zastępstwa rządu.
3. Model zastępstwa premiera.
4. Model zastępstwa wiceprezydenta².

Ponadto wyróżnić można także modele mieszane, które nie pasują do żadnego z wyżej zaprezentowanych czterech modeli.

W literaturze dość powszechnie można zaobserwować dwa wnioski odnośnie zastępstwa głowy państwa w krajach europejskich oraz tegoż zastępstwa w Polsce. Wskazuje się mianowicie po pierwsze, iż w kręgu krajów europejskich w sposób ugruntowany przyjęto rozwiązania pierwszego wskazanego modelu³. Po drugie, w odniesieniu do koncepcji wprowadzenia urzędu wiceprezydenta wskazuje się, iż instytucja ta jest niejako zarezerwowana dla krajów o prezydenckim systemie rządów. Te śmiałe wnioski należy jednak uznać za nie do końca trafne. Niewątpliwym faktem jest, iż duża część krajów europejskich wykorzystuje rozwiązania wskazanego modelu zastępstwa głowy państwa przez przewodniczącego parlamentu. Należy jednak zauważyć, iż rozwiązania ustrojowe niektórych krajów wprowadzają odmienne modele zastępstwa głowy państwa. Skonstatujmy zatem gwoli przykładu, iż w Czechach w razie wystąpienia konieczności zastępstwa głowy państwa, kompetencje prezydenta są w sposób precyzyjny dzielone pomiędzy szefa rządu oraz przewodniczącego Izby Poselskiej. Wspomnianego podziału, wskazując który podmiot wykonuje które kompetencje Prezydenta, dokonuje Konstytucja w artykule 66⁴. Podobnie, acz nieco odmiennie, sytuacja kształtuje się na Słowacji. Zgodnie z artykułem 105 Konstytucji Słowacji⁵, w sytuacji koniecznego

² G. Pastuszko, *Marszałek Sejmu jako osoba wykonująca tymczasowo obowiązki prezydenta RP – dylematy konstytucyjne*, PPK 2011, nr 1, s. 83.

³ B. Szczurowski, *Sposoby uregulowania kwestii zastępstwa głowy państwa w razie opróżnienia urzędu lub przejściowej niemożności jego sprawowania we współczesnych republikach. Rozwiązania „typowe” i „oryginalne”*, BSP 2016, nr 20, s. 78.

⁴ Art. 66 Konstytucji Czech z 1992 r. [w:] *Konstytucje Państw Unii Europejskiej*, red. W. Stańkiewicz, Warszawa 2011, s. 200.

⁵ Art. 105 Konstytucji Słowacji z 1992 r. [w:] *Konstytucje...*, s. 712.

zastępstwa głowy państwa kompetencje Prezydenta dzielone są pomiędzy premiera, przewodniczącego parlamentu oraz rząd *in corpore*. Jeszcze inne rozwiązania, odmienne zarówno od modelu zastępstwa przez przewodniczącego parlamentu, jak i od dwóch wyżej wspomnianych, wprowadza konstytucja Irlandii. Zgodnie z jej treścią zastępstwo prezydenta sprawuje specjalna komisja złożona z przewodniczących obu izb parlamentu i prezesa sądu najwyższego⁶. Zbliżone do wspomnianego modelu rozwiązania wprowadzono w Islandii, gdzie w razie konieczności obowiązki prezydenta wykonują wspólnie premier, przewodniczący parlamentu oraz przewodniczący sądu najwyższego⁷. Z zaprezentowanych wyżej przykładów płynąć musi dość prosty do zauważenia, acz wart podkreślenia wniosek, iż nie sposób sformułować ogólnej reguły odnoszącej się do zastępstwa głowy państwa w krajach europejskich.

Wniosek dotyczący przypisania zastępstwa głowy państwa wiceprezydentowi jedynie w krajach o prezydenckim systemie rządów również nie znajduje pełnego potwierdzenia. Klasycznym przykładem wskazywanym jako kontrargument dla powyższej tezy jest urząd wiceprezydenta Bułgarii. Konstytucja tego kraju przewiduje urząd wiceprezydenta, wybieranego wspólnie z prezydentem w wyborach powszechnych⁸. W sytuacji gdyby doszło do opróżnienia urzędu prezydenta, jego funkcję przejmuje wiceprezydent, który sprawuje ją przez okres, jaki pozostał do końca kadencji prezydenta. Rozwiązania te wskazują zatem bardzo duże podobieństwo do rozwiązań wprowadzonych w Stanach Zjednoczonych, mimo że Bułgaria jest przecież republiką parlamentarną.

Powyższe rozważania pozwalają zatem dojść do dwóch wniosków. Przede wszystkim należy zauważyć, iż wskazane na wstępie przekonanie, jakoby w kręgu krajów europejskich przyjęto model zastępstwa głowy państwa przez przewodniczącego parlamentu, należy uznać za błędny. Ponadto również za nieuzasadniony należy uznać wniosek oparty na twierdzeniu, jakoby instytucja wiceprezydenta była „przypisana” do krajów o prezydenckim systemie rządów. Każdy kraj rozstrzyga kwestię zastępstwa głowy państwa we własny sposób, a system parlamentarny czy też parlamentarno-gabinetowy w żaden sposób nie implikuje żadnego sposobu zastępstwa głowy państwa w sytuacji opróżnienia urzędu. Te dość oczywiste, acz warte podkreślenia konstatacje mają istotne znaczenie dla rozważań na temat możliwości wprowadzenia urzędu wiceprezydenta w Polsce.

2. Czy w Polsce potrzebny jest urząd wiceprezydenta?

Rozważania poczynione dotychczas pozwalają stwierdzić, iż nie istnieją przeszkody wprowadzenia urzędu wiceprezydenta oparte o jego naturę czy też związane z uwarunkowaniami obowiązującego systemu rządów. Należy jednak rozważyć, czy w naszym kraju taki urząd jest w ogóle potrzebny. W tym celu trzeba w pierwszej kolejności przeanalizować obecne rozwiązania dotyczące zastępstwa głowy państwa, wskazać

⁶ Art. 14 Konstytucji Irlandii z 1937 r. [w:] *Konstytucje...*, s. 398–399.

⁷ Art. 8 Konstytucji Islandii z 1944 r. [w:] *Konstytucja Republiki Islandii*, przeł. J. Osiński, Warszawa 2009, s. 38.

⁸ Art. 97 Konstytucji Bułgarii z 1991 r. [w:] *Konstytucja Bułgarii*, przeł. A. Kubik, Warszawa 2012, s. 84.

na ich ewentualne niedoskonałości oraz zastanowić się, jak te niedoskonałości mogłyby zostać naprawione.

2.1. Niedoskonałości obecnych rozwiązań

Punktem wyjścia rozważań na temat polskich rozwiązań odnośnie zastępstwa głowy państwa w sposób oczywisty jest artykuł 131 Konstytucji⁹. Przepis ten, wydawałoby się w sposób kompleksowy, normuje kwestię zastępczego wykonywania obowiązków głowy państwa. Nie przepisując całej treści wspomnianego przepisu warto wskazać, iż w ustępie pierwszym normuje on sytuację, gdy Prezydent nie może przejściowo sprawować urzędu. Winien wówczas o tym fakcie zawiadomić Marszałka Sejmu, który tymczasowo, do czasu ustania przeszkody, przejmuje obowiązki Prezydenta. W sytuacji gdy Prezydent nie jest w stanie zawiadomić Marszałka Sejmu, wówczas o takiej niemożności na wniosek Marszałka rozstrzyga Trybunał Konstytucyjny, powierzając Marszałkowi tymczasowe wykonywanie obowiązków Prezydenta. Ustęp drugi omawianego przepisu także odnosi się do zastępstwa Prezydenta przez Marszałka Sejmu, jednak dotyczy sytuacji, w których niemożność sprawowania urzędu przez Prezydenta ma charakter trwały – śmierci Prezydenta, zrzeczenia się urzędu przez głowę państwa, stwierdzenia nieważności wyboru Prezydenta, uznania przez Zgromadzenie Narodowe Prezydenta za trwale niezdolnego do pełnienia urzędu ze względu na stan zdrowia, a także złożenia Prezydenta Rzeczypospolitej z urzędu orzeczeniem Trybunału Stanu. Przesłanki wskazane w omawianym przepisie mają zatem przymiot trwałej niezdolności, a Marszałek Sejmu pełni wówczas obowiązki do czasu wyboru Prezydenta. Kolejny ustęp omawianego artykułu decyduje o wykonywaniu obowiązków głowy państwa w sytuacji, gdy nie może ich wykonywać Marszałek Sejmu, powierzając wówczas to zadanie Marszałkowi Senatu. Końcowym przepisem omawianego artykułu jest ustęp czwarty, wskazujący, iż osoba wykonująca obowiązki Prezydenta Rzeczypospolitej nie może postanowić o skróceniu kadencji Sejmu. Wydawać by się mogło, iż regulacja zawarta w omawianym artykule ma charakter kompleksowy i dostatecznie precyzyjnie normuje sytuację zastępstwa głowy państwa. Bliższa analiza przyjętych rozwiązań pozwala jednak na zauważenie pewnych niedoskonałości omawianej regulacji.

Pierwszą istotną trudnością, której nastrocza sposób sformułowania przepisu art. 131 ust. 1 Konstytucji, jest fakt, iż nie wskazuje, w jaki sposób Prezydent powinien zawiadomić Marszałka Sejmu o przejściowej niemożności sprawowania urzędu. W doktrynie prezentowane w tym zakresie są dwa poglądy. Pierwszy zakłada, iż w celu rozwiania wszelkich wątpliwości co do skuteczności zastępstwa, Prezydent powinien zawiadomić Marszałka na piśmie¹⁰. Przyjęcie tego poglądu implikuje nam jednak jeszcze jeden problem. Mianowicie, zgodnie z art. 144 ust. 2 Konstytucji, akty urzędowe Prezydenta

⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r. (Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483).

¹⁰ Pogląd taki prezentuje m.in. Sławomir Patyra: S. Patyra, *Przesłanki i tryb przejmowania obowiązków Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w ramach tzw. władzy rezerwowej*, SIL 2013, nr 20, s. 36–37.

wymagają dla swojej skuteczności podpisu Prezesa Rady Ministrów (kontrasygnaty), zaś katalog aktów Prezydenta zwolnionych z obowiązku uzyskania kontrasygnaty, zawarty w art. 144 ust. 3 Konstytucji, nie zawiera aktu odnoszącego się do przekazania zastępstwa pełnienia obowiązków Marszałkowi Sejmu. Oznacza to, iż o tym, czy Marszałek Sejmu będzie mógł przejąć pełnienie obowiązków Prezydenta, faktycznie zdecyduje premier¹¹. Drugi z prezentowanych poglądów wskazuje, iż właśnie ze względu na nieobjęcie wspomnianego aktu wyłączeniem z obowiązku uzyskania kontrasygnaty premiera poprzez zawarcie go w katalogu art. 144 ust. 3 Konstytucji, Prezydent nie powinien dokonywać przekazania obowiązków na piśmie, a dokonać tego jedynie drogą ustną. Przyjęcie tego rozwiązania powoduje jednak trudności odmiennej natury, mianowicie co do skuteczności przekazania obowiązków.

W dalszej kolejności należy zwrócić uwagę na sposób redakcji przepisu ustępu drugiego. Przepis ten stwierdza, iż Marszałek Sejmu wykonuje obowiązki głowy państwa do czasu wyboru nowego Prezydenta. Należy zauważyć, iż przepis ten jest wysoce nieprecyzyjny. Wskazuje bowiem, iż pełnienie obowiązków przez Marszałka Sejmu powinno zakończyć się z chwilą wyboru nowego Prezydenta, a zatem w dniu wyrażenia woli przez suwerena w drodze głosowania¹². Literalna wykładnia tego przepisu prowadzi zatem do wniosku, iż pełnienie obowiązków uległoby zakończeniu z chwilą dokonania wyboru, a zatem najdalej z chwilą podania oficjalnych wyników wyborów prezydenckich przez Państwową Komisję Wyborczą. Taka wykładnia omawianego przepisu prowadzi jednak do sytuacji, gdy pomiędzy oficjalnym podaniem wyników wyborów prezydenckich a zaprzysiężeniem nowo wybranego Prezydenta nikt nie pełniłby obowiązków głowy państwa¹³. Taka sytuacja zaś nie może mieć miejsca, bowiem funkcjonalność państwa nie pozwala na nieobsadzenie urzędu Prezydenta na ten, nawet bardzo krótki, okres. W tym przedmiocie w doktrynie prezentowane są dwa poglądy. Pierwszy – zasadzający się na wykładni literalnej i przyjmujący swoistą lukę w sprawowaniu urzędu głowy państwa oraz drugi – wskazujący, iż w tym przypadku należy bazować na wykładni funkcjonalnej, która nakazuje przyjmować rozumienie przepisu Konstytucji odnoszącego się do „czasu wyboru” z art. 131 ust. 2 jako momentu złożenia przysięgi przed Zgromadzeniem Narodowym i objęcie urzędu przez nowo wybranego Prezydenta Rzeczypospolitej¹⁴.

Ponadto warto zwrócić uwagę na treść przepisu w zakresie, w jakim odnosi się do przesłanki śmierci Prezydenta. Przepis ten nie wskazuje, w którym momencie rozpoczyna się pełnienie obowiązków głowy państwa – czy już w momencie dysponowania informacjami przekazami prasowymi, dyplomatycznymi itp. o śmierci Prezydenta, czy dopiero w momencie dysponowania przez Marszałka Sejmu aktem zgonu głowy

¹¹ G. Pastuszko, *op.cit.*, s. 101–102; por. także B. Szczurowski, *Art. 131 Konstytucji [w:] Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 683.

¹² J. Ciapała, *Analiza prawna – czy Polska ma p.o. prezydenta*, „Rzeczpospolita” z dnia 8 lipca 2010 r., <http://www.rp.pl/artykul/505408.html>, 27.02.2018.

¹³ B. Szczurowski, *op.cit.*, s. 687.

¹⁴ M. Zubik, *Gdy Marszałek Sejmu jest pierwszą osobą w państwie, czyli polskie interregnum*, PS 2010, nr 5, s. 85. Por. także B. Szczurowski, *op.cit.*, s. 685.

państwa. W piśmiennictwie przeważa jednak pogląd, przychyłający się do drugiego ze wskazanych stanowisk¹⁵. Pogląd ten jest o tyle słuszny, iż omawiana kwestia jest w tak wysokim stopniu istotna, że należy mieć pewność co do zgonu piastuna urzędu głowy państwa, a przejmowanie obowiązków przez Marszałka Sejmu nie powinno mieć miejsca na podstawie wątpliwej jakości przesłanek. Z drugiej jednak strony oczekiwanie na otrzymanie aktu zgonu w sposób istotny może narazić na szwank funkcjonalność państwa. Nie powinno wzbudzać większego problemu, gdy na akt zgonu należy poczekać kilka czy kilkanaście godzin – taki czas oczekiwania na wspomniany dokument jest wszak sytuacją zupełnie normalną. Sytuacja kształtuje się odmiennie, gdy otrzymanie aktu zgonu głowy państwa staje się kwestią nie godzin, lecz dni. Funkcjonalność państwa wymaga, aby niepewność co do obsady urzędu Prezydenta nie trwała aż tak długo. Z tego względu w piśmiennictwie forsowana jest czasem teza, iż w zaistniałej sytuacji, gdy Marszałek Sejmu nie może otrzymać aktu zgonu Prezydenta, powinien wystąpić do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o stwierdzenie przejściowej niemożności Prezydenta do sprawowania urzędu, a zatem przejąć obowiązki w trybie art. 131 ust. 1 Konstytucji, a następnie w momencie otrzymania aktu zgonu podjąć działania na podstawie art. 131 ust. 2 Konstytucji¹⁶. To rozwiązanie wydaje się być racjonalne. Dotychczasowa, dość uboga praktyka wskazuje, iż w 2010 r. Marszałek Sejmu Bronisław Komorowski przejmując obowiązki głowy państwa nie czekał na uzyskanie oficjalnego potwierdzenia śmierci Prezydenta w postaci aktu zgonu, które zostało wystawione dnia 13 kwietnia i przejął obowiązki głowy państwa bazując na przekazach dyplomatycznych z Federacji Rosyjskiej już w kilka godzin po katastrofie¹⁷. Rozwiązanie to budzi dość liczne zastrzeżenia.

Ponadto należy zwrócić uwagę na treść art. 131 ust. 4 Konstytucji, który wskazuje, iż pełniący obowiązki Prezydenta nie może postanowić o skróceniu kadencji Sejmu. Rozwiązanie to posiada uzasadnienie bazujące przede wszystkim na założeniu, iż w sytuacji kryzysu wywołanego opróżnieniem urzędu Prezydenta nie powinno się go pogłębiać poprzez rozchwianie sytuacji w parlamencie i organizowanie kolejnych wyborów. To postanowienie Konstytucji jest jednak nie do pogodzenia z opisanymi w Konstytucji sytuacjami obligatoryjnego skrócenia kadencji Sejmu. Mamy z nimi do czynienia wówczas, gdy w tak zwanych trzech krokach nie uda się wyłonić Rady Ministrów (art. 155 ust. 2 Konstytucji) oraz gdy Sejm podejmie uchwałę o skróceniu swojej kadencji (art. 98 ust. 3 Konstytucji). W pierwszej kolejności rozważmy drugą sytuację, bowiem nastęrcza mniejszych trudności. Wynika to z faktu, iż pełniący obowiązki głowy państwa Marszałek Sejmu posiada nadal w pełni kompetencje związane

¹⁵ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 656. Wyjątki od wymogu formalnego potwierdzenia zgonu poprzez otrzymanie aktu zgonu dopuszcza M. Florczak-Wątor, *Konstytucyjne uregulowania problematyki zastępstwa prezydenta w Rzeczypospolitej Polskiej i państwach z nią sąsiadujących*, PPK 2010, nr 2–3, s. 199; por. także M. Zubik, *op.cit.*, s. 78; G. Pastuszko, *op.cit.*, s. 97.

¹⁶ K. Walczuk, *Konstytucyjne aspekty tymczasowego wykonywania obowiązków Prezydenta RP przez Marszałka Sejmu*, ZNUP-H 2015, Nr 104, s. 202–203.

¹⁷ *Zastępstwo Prezydenta RP. Analiza obowiązujących przepisów na tle wydarzeń po 10 kwietnia 2010 r. pod redakcją mgr Elżbiety Sadowskiej*, s. 27, http://eksperci.kj.org.pl/wp-content/uploads/2012/04/Zastępstwo_prezydenta1.pdf, 27.02.2018.

z kierowaniem pracami izby parlamentu. Oznacza to, iż w zaistniałej sytuacji ma prawo decydować, kiedy i jakie projekty ustaw i uchwał kierować na poszczególne głosowanie. W zaistniałej sytuacji Marszałek Sejmu powinien zatem, kierując się dobrem państwa, nie poddawać wspomnianej uchwały pod głosowanie. Większych trudności nastręcza niepowołanie Rady Ministrów w tzw. trzech krokach. W tej sytuacji bowiem, zgodnie z art. 155 ust. 2 Konstytucji, Prezydent postanawia o skróceniu kadencji Sejmu. Konstytucja w tym zakresie posługuje się trybem oznajmującym, co oznacza, iż Prezydent (Marszałek wykonujący obowiązki Prezydenta) nie ma w tym zakresie swobody i jest zobligowany do skrócenia kadencji Sejmu¹⁸. Takie rozwiązanie uzasadnione jest także faktem, iż brak skutecznego powołania Rady Ministrów jest w istocie sytuacją gorszą dla sprawnego funkcjonowania państwa niż ponowne organizowanie wyborów w krótkim odstępie czasu i prowadzić może do głębszej destabilizacji sytuacji w państwie. Ten wniosek musi ulec jednak zrewidowaniu w świetle treści art. 131 ust. 4 Konstytucji, który stwierdza, iż osoba wykonująca obowiązki Prezydenta nie może postanowić o skróceniu kadencji Sejmu. Przepis ten jest w swojej treści klarowny i nie dopuszcza żadnych wyjątków. Taka wewnętrzna niespójność przepisów Konstytucji budzić musi zastrzeżenia oraz obawę na przyszłość w razie ewentualnej konieczności zastosowania omawianych przepisów w praktyce.

W doktrynie panował do niedawna spór, co do przejściowego pełnienia obowiązków głowy państwa przez Marszałka Sejmu. Podstawowy problem, jaki był podkreślany w doktrynie, skupiał się na tym, do którego momentu możemy mówić o przeszkodzie sprawowania urzędu jako przejściowej¹⁹. Tytułem przykładu dość często wskazywano w opracowaniach sytuację porwania Prezydenta podczas wizyty zagranicznej. Marszałek Sejmu winien w takiej sytuacji zwrócić się do Trybunału Konstytucyjnego celem stwierdzenia przejściowej niemożności sprawowania urzędu przez Prezydenta. Z tego względu, iż przepisy Konstytucji ani ustawy o Trybunale Konstytucyjnym nie wskazywały, do którego momentu możemy mówić o czasowej niemożności sprawowania urzędu, wskazywano, iż sytuacja takiego wykonywania obowiązków głowy państwa mogłaby w istocie trwać kilka lat, nawet do końca kadencji uprowadzonego Prezydenta, co kłóciłoby się z czasowym charakterem pełnienia obowiązków wskazanym w art. 131 ust. 1 Konstytucji. Wskazywano także, iż w tak zaistniałej sytuacji rozwiązaniem nie mogłoby być zastosowanie przepisów Kodeksu cywilnego odnoszących się do uznania za zmarłego, bowiem zgodnie z Kodeksem cywilnym do uznania za zmarłego konieczny jest upływ czasu, który przy pięcioletniej kadencji głowy państwa nie może być uznany za pomocny w rozwiązaniu problemu w zaistniałej sytuacji²⁰. Brak dostatecznej

¹⁸ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2008, s. 112–137; por. także S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016, s. 296.

¹⁹ M. Florczak-Wątor, *op.cit.*, s. 192.

²⁰ Co do zasady zaginiony może być uznany za zmarłego, jeżeli upłynęło 10 lat od końca roku kalendarzowego, w którym według istniejących wiadomości jeszcze żył; jednakże gdyby w chwili uznania za zmarłego zaginiony ukończył lat 70, wystarcza upływ lat 5 – art. 29 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 459). Krótsze terminy (6 miesięcy, 1 rok lub 2 lata) dotyczą sytuacji zaginięcia w związku z katastrofą statku lub okrętu albo w związku z innym szczególnym zdarzeniem (art. 30 k.c.).

regulacji w tym zakresie mógł w sytuacji zaistnienia potrzeby ich zastosowania nastroczyć licznych problemów. Z tym większą aprobatą należy odnieść się do przepisów ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym²¹, która uregulowała rozwiązania w omawianej kwestii. W ustawie tej po raz pierwszy wprowadzono kompleksowe unormowania, które wskazywały, iż tymczasowe wykonywanie obowiązków Prezydenta może być powierzone Marszałkowi Sejmu na nie dłużej niż trzy miesiące. Ponadto ustawa wskazywała, iż w sytuacji, gdy okoliczności, które tymczasowo uniemożliwiają Prezydentowi wykonywanie urzędu po upływie wspomnianych trzech miesięcy nie ustały, Marszałek Sejmu może ponownie jednokrotnie wystąpić do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem w sprawie stwierdzenia przeszkody w sprawowaniu urzędu przez Prezydenta i wówczas Trybunał może ponownie powierzyć Marszałkowi Sejmu pełnienie obowiązków głowy państwa na okres maksymalnie trzech miesięcy. Ustawa wskazywała ponadto, iż Trybunał Konstytucyjny rozpoznaje wniosek Marszałka Sejmu w sprawie stwierdzenia przeszkody w sprawowaniu urzędu przez Prezydenta w ciągu 24 godzin od jego złożenia. Jest to bardzo istotny przepis, bowiem funkcjonalność państwa wymaga, by przejmowanie obowiązków głowy państwa w sytuacji, gdy nie może sprawować ich Prezydent, następowało sprawnie. Wspomniane rozwiązania, które po raz pierwszy wprowadziła wspomniana ustawa o Trybunale Konstytucyjnym, powtórzyła niemal w identycznej treści obecnie obowiązująca ustawa z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym²². Rozwiązania przyjęte w ustawie należy uznać za korzystne.

2.2. Wiceprezydent remedium na istniejące niedoskonałości?

Przedstawione niedoskonałości obecnych unormowań w zakresie zastępstwa głowy państwa pozwalają zastanowić się nad poszukiwaniem nowych rozwiązań. Takim swoistym *novum* w polskim ustroju byłoby wprowadzenie urzędu wiceprezydenta. Warto przeanalizować, jakie przesłanki przemawiają za wprowadzeniem takiego rozwiązania.

Przede wszystkim należy zważyć na fakt, iż Marszałek Sejmu, zastępując Prezydenta, jest ograniczony jedynie brakiem możliwości skrócenia kadencji Sejmu. W pozostałym zakresie zaś może sprawować w pełni wszystkie kompetencje przysługujące głowie państwa, w tym decydować o podpisaniu ustaw, odmowie ich podpisania, a także skierowaniu ustaw w trybie kontroli do Trybunału Konstytucyjnego. W literaturze dość często pojawiają się koncepcje odwołujące się do możliwego braku umocowania Marszałka Sejmu do wykonywania niektórych funkcji Prezydenta. Zwolennicy tej koncepcji wskazują, iż prerogatywy Prezydenta dzielą się na obowiązki bezwzględne, obowiązki względne i uprawnienia²³. Bazując zaś na treści art. 131 ust. 2 Konstytucji, odwołującego się do obowiązków Prezydenta Rzeczypospolitej, wskazują, iż Marszałek Sejmu nie powinien korzystać z prezydenckich uprawnień, lecz ograniczyć swoje działanie tylko do czynności przypisanych głowie państwa, do których jest zobligowany. W związku

²¹ Dz.U. z 2015, poz. 1064.

²² Dz.U. z 2016, poz. 2072.

²³ D. Dudek, *Harce wokół ustawy zasadniczej*, „Rzeczpospolita” z dnia 26 lipca 2010 r., <http://www.rp.pl/artukul/513671-Harce-wokol-ustawy-zasadniczej.html>, 27.02.2018.

z tym, pełniący obowiązki głowy państwa nie powinien m.in. wykonywać inicjatywy ustawodawczej, zwoływać Rady Gabinetowej, nadawać orderów i odznaczeń. Te śmiało, acz nie do końca uprawnione tezy wymagają skonfrontowania z treścią przepisów Konstytucji, które w żaden sposób, poza art. 131 ust. 4 Konstytucji, nie ograniczają w działaniu osoby wykonującej obowiązki głowy państwa²⁴. W związku z tym pojawić musi się pytanie o umocowanie Marszałka do tak szerokich kompetencji i tak odpowiedzialnych zadań, jakie sprawuje Prezydent. Należy bowiem pamiętać, iż Prezydent, zgodnie z art. 127 Konstytucji, wybierany jest przez Naród w wyborach powszechnych, równych, bezpośrednich i w głosowaniu tajnym. Posiada zatem bardzo silny mandat i szerokie poparcie społeczne do sprawowanej przez siebie funkcji. Oczywiście można powiedzieć, iż Marszałek Sejmu również posiada silny mandat społeczny – został bowiem również wybrany w bezpośrednich wyborach na posła. Należy jednak zważyć, iż liczba głosów wskazująca na poparcie społeczne Prezydenta jest bez porównania większa od ilości głosów, jakie w drodze wyborów parlamentarnych uzyskał pełniący funkcję Marszałka poseł. Należy ponadto zauważyć, iż Naród bezpośrednio dokonuje jedynie wyboru swoich przedstawicieli do Sejmu, nie mając następnie wpływu na to, kogo posłowie spośród swojego grona wybiorą na Marszałka Sejmu. Należy zatem podkreślić, iż Prezydent posiada bez porównania silniejszy mandat do sprawowania swoich funkcji niż Marszałek Sejmu, który finalnie funkcję swoją pełni nie z wyboru przez Naród, a w drodze powierzenia mu tego zadania przez posłów²⁵. Rozwiązaniem w tak zaistniałej sytuacji mogą być dwie możliwości. Pierwszą z nich jest ograniczenie kompetencji sprawowanych przez Marszałka Sejmu w zastępstwie głowy państwa. W literaturze wskazuje się bowiem, iż Marszałek pełni funkcję zastępstwa niejako z konieczności i tylko przejściowo, zatem zasadnym byłoby zastanowienie się nad możliwym ograniczeniem kompetencji do absolutnego minimum, związanego z przejściowym charakterem zaistniałego zastępstwa²⁶. Z drugiej strony pojawiają się również koncepcje upatrujące silnego zastępstwa, z kompetencjami przysługującymi w takim samym wymiarze jak głowie państwa, przez osobę równie silnie umocowaną do działania. Taką osobą byłby niewątpliwie wiceprezydent wybierany wspólnie z Prezydentem. Rozwiązanie przyjmujące głosowanie w czasie wyborów prezydenckich jednym głosem zarówno na kandydata na prezydenta jak i na wiceprezydenta sprzyjałoby silniejszemu umocowaniu osoby, która w konstytucyjnie przewidzianych wypadkach miała pełnić obowiązki głowy państwa.

Ponadto należy zważyć na fakt, iż Marszałek Sejmu obejmując pełnienie obowiązków głowy państwa nie traci pełnionego przez siebie mandatu poselskiego ani nie przestaje pełnić funkcji przewodniczącego izby. Należy zatem uświadomić sobie, jak silną pozycję w procesie legislacyjnym uzyskuje Marszałek Sejmu. Zgodnie z postanowieniami Konstytucji, Marszałek Sejmu przyjmuje projekty ustaw oraz nadaje im bieg w Sejmie. Ponadto Marszałek Sejmu decyduje o skierowaniu do prac parlamentarnych konkretnego projektu na posiedzeniu Sejmu. Marszałek w końcu decyduje

²⁴ *Zastępstwo...*, s. 25.

²⁵ K. Walczuk, *op.cit.*, s. 199.

²⁶ S. Patyra, *op.cit.*, s. 37–38; por. także K. Walczuk, *op.cit.*, s. 203–205.

także o tym, kiedy i jaki projekt będzie poddany pod głosowanie w Sejmie. Jeśli do tych „zwyczajnych” kompetencji dodamy ponadto kompetencje w zakresie władzy ustawodawczej przysługujące Prezydentowi – prawo podpisywania ustaw, prawo weta ustawodawczego oraz prawo skierowania uchwalonej ustawy w trybie kontroli do Trybunału Konstytucyjnego, to zauważymy, iż Marszałek w ten sposób uzyskuje niezwykle silną pozycję w procesie legislacyjnym. Należy zważyć na fakt, iż w ten sposób dochodzi do zachwiania zawartej w art. 10 Konstytucji zasady podziału i równowagi władz²⁷. Szczególnie istotny wpływ to zachwianie uzyskuje w sytuacji kohabitacji, gdy dotychczasowy Prezydent oraz rząd (większość parlamentarna) reprezentują odmienne środowiska polityczne. Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w 2010 r., gdy tragicznie zmarły Prezydent Lech Kaczyński wywodził się ze środowiska Prawa i Sprawiedliwości, a sprawujący w następstwie jego śmierci obowiązki głowy państwa Marszałek Sejmu był politycznie związany z posiadającą wówczas większość w parlamencie partią Platformy Obywatelskiej (współtworzącą koalicję rządową z Polskim Stronnictwem Ludowym). Można by oczywiście stwierdzić, iż zachwianie to wynika z konieczności zastępowania Prezydenta przez Marszałka Sejmu. Jednakże przyjęcie odmiennego modelu, a zatem bazującego na wprowadzeniu do polskiego ustroju funkcji wiceprezydenta, pozwoliłoby uniknąć takiej sytuacji i gwarantowało, iż nawet w tak wyjątkowych sytuacjach, jakie związane są z zastępowaniem głowy państwa, nie dojdzie do zachwiania podziału i równowagi władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej.

Ponadto w sytuacji wykonywania zastępstwa Prezydenta przez Marszałka Sejmu, w przypadku, gdy dochodzi do przedterminowych wyborów prezydenckich, w których zwycięskim kandydatem jest osoba pełniąca funkcję Marszałka Sejmu, może dojść do tzw. „karuzeli stanowisk”. Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w 2010 r., kiedy 4 lipca drugą turę wyborów prezydenckich wygrał pełniący od 10 kwietnia obowiązki głowy państwa Marszałek Sejmu Bronisław Komorowski. Dnia 8 lipca, w wyniku złożenia rezygnacji z funkcji Marszałka Sejmu i zrzeczenia się mandatu poselskiego przez Bronisława Komorowskiego, pełnienie obowiązków głowy państwa na podstawie art. 131 ust. 3 Konstytucji, przejął Marszałek Senatu Bogdan Borusewicz. Obowiązki pełnił jedynie przez kilka godzin, bowiem wieczorem tego samego dnia Marszałkiem Sejmu został wybrany Grzegorz Schetyna, który następnie przejął od Marszałka Senatu wykonywanie obowiązków Prezydenta. W wyniku takich działań obowiązki głowy państwa w ciągu jednego dnia pełniły w sumie 3 osoby. W przypadku, gdyby wprowadzić funkcję wiceprezydenta, nie mielibyśmy do czynienia z taką, niewątpliwie niekorzystną, sytuacją.

Jako podstawowy kontrargument dla wprowadzenia urzędu wiceprezydenta jawić się może fakt, iż funkcja ta nie mogłaby być stosowana jako rozwiązanie w sytuacji stylizowanej w art. 131 ust. 2 pkt 3 Konstytucji. W sytuacji stwierdzenia nieważności wyboru nie istnieje możliwość przedłużenia kadencji Prezydenta dotychczas sprawującego urząd. Konstytucja stanowi bowiem dokładnie w art. 127 ust. 2, iż kadencja Prezydenta wynosi 5 lat. W tej sytuacji obowiązków nie mógłby także pełnić wiceprezydent czy

²⁷ K. Walczuk, *op.cit.*, s. 198; por. także *Zastępstwo...*, s. 12–13.

to dotychczasowy, czy też nowo wybrany wspólnie z Prezydentem-elektem. Rozpoczęcie kadencji przez wiceprezydenta byłoby bowiem bezpośrednio powiązane z rozpoczęciem kadencji przez Prezydenta, a również dotychczasowy wiceprezydent nie miałby możliwości przejściowego pełnienia funkcji Prezydenta. W tej sytuacji nieuniknionym wydaje się pełnienie obowiązków głowy państwa przez Marszałka Sejmu. Należy jednak zauważyć, iż nawet w Stanach Zjednoczonych kwestia zastępstwa Prezydenta nie kończy się na urzędzie Wiceprezydenta. Jeśli z jakichś względów Wiceprezydent nie jest w stanie sprawować obowiązków głowy państwa, to w dalszej kolejności do pełnienia tych obowiązków powoływany jest Speaker Izby Reprezentantów²⁸. Jest to zatem rozwiązanie, które w tak zaistniałej, nadzwyczajnej sytuacji, jawi się jako racjonalne.

3. Ewentualna pozycja i kompetencje wiceprezydenta

Rozważania na temat kwestii ewentualnych kompetencji i pozycji ustrojowej wiceprezydenta należałoby rozpocząć od stwierdzenia, iż przede wszystkim wykonywałby zastępstwo głowy państwa, w sytuacji czy to przejściowej niemożności sprawowania urzędu, czy też jego opróżnienia. Na gruncie obecnych przepisów ciężko wyobrazić sobie sytuację, gdy Prezydent zdecydowałby się scedować na swojego zastępcę jedynie część kompetencji, jednocześnie zachowując pozostałe we własnej gestii. Podstawową przeszkodą dla takiego rozwiązania jest treść art. 131 ust. 1 Konstytucji. Nie sposób bowiem na gruncie tego przepisu bronić tezy o możliwości „delegowania” przez Prezydenta części swoich kompetencji na swojego zastępcę. Znane są jednak przykłady ustrojów państw dopuszczających podobne rozwiązania, czasem pomimo braku klarownych przepisów w tym zakresie. Rozwiązanie to jest obecne w praktyce ustrojowej Republiki Federalnej Niemiec. Art. 57 Ustawy Zasadniczej stanowi, iż „W razie przeszkody w pełnieniu obowiązków lub przedwczesnego złożenia urzędu przez Prezydenta Federalnego, jego uprawnienia wykonuje Przewodniczący Bundesratu”²⁹. Przepis ten jak zatem można bez trudu zauważyć, nie stanowi wprost o możliwości czasowego przekazania części kompetencji przez Prezydenta na rzecz Przewodniczącego Bundesratu. W praktyce ustrojowej ukształtował się jednak model częściowego przekazywania kompetencji na krótki czas. Ma to zupełnie wyjątkowy charakter i zazwyczaj dotyczy sytuacji, gdy Prezydent jest nieobecny w kraju z powodu kilkudniowych wizyt zagranicznych. W celu przekazania części kompetencji Prezydent wystosowuje pisemne oświadczenie o przekazaniu określonych kompetencji, które dla swojej skuteczności wymaga kontrasygnaty ministra spraw zagranicznych³⁰. Obecność takiego rozwiązania w Niemczech – kraju kanclerskiego systemu rządów (eksponującego przecież osobę Kanclerza w sposób silniejszy niż ma to miejsce w stosunku do premiera na gruncie polskiej Konstytucji), pozwala zastanowić się nad możliwością wprowadzenia podobnego rozwiązania w polskim ustroju.

²⁸ S. Patyra, *op.cit.*, s. 34.

²⁹ Tłumaczenie na podstawie materiałów dostępnych w zasobach Biblioteki Sejmowej pod adresem: http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2016/02/Niemcy_pol_010711.pdf, 27.02.2018.

³⁰ G. Pastuszko, *op.cit.*, s. 101.

W zgłaszanych pomysłach wprowadzenia urzędu wiceprezydenta przedstawiano dotychczas także pomysły powiązania tej funkcji z Radą Bezpieczeństwa Narodowego, czyniąc wiceprezydenta szefem Rady³¹.

Ponadto rozważania na temat wprowadzenia w polskim ustroju funkcji wiceprezydenta mogą być dobrym punktem wyjścia do poszukiwania dalszych ewentualnych kompetencji dla tego urzędu. W zgłaszanych dotychczas projektach zmiany konstytucji, które przewidywały wprowadzenie funkcji wiceprezydenta, pojawiały się pomysły o powierzeniu temu organowi przewodnictwa obradom Senatu³². Rozważania te mogły by stanowić dobry punkt wyjścia do szerszej dyskusji na temat reformy Senatu, której potrzeba zgłaszana jest od dłuższego czasu³³.

4. Zakończenie

Problematyka pełnienia obowiązków głowy państwa na wypadek opróżnienia urzędu aż do 2010 r. wydawała się być zagadnieniem czysto dogmatycznym, niemającym większego znaczenia, swego rodzaju *political fiction*. Postrzeganie przepisów odnoszących się do tego zagadnienia zmieniło się dość gwałtownie w wyniku tragicznej śmierci Prezydenta. Pierwsze praktyczne zastosowanie tych unormowań okazało się być bardzo ważnym testem nie tylko w tym wąskim zakresie, ale także szerszym, dotyczącym funkcjonalności organów państwa. Uwidocznili również niedoskonałości legislacyjne, na które uwagę przedstawiciele doktryny prawa konstytucyjnego wskazują do dnia dzisiejszego. Wskazuje się m.in. na potrzebę poszerzenia katalogu aktów głowy państwa niewymagających dla swojej skuteczności kontrasygnaty premiera o akt czasowego przekazania pełnienia obowiązków Prezydenta Marszałkowi Sejmu, doprecyzowania treści ustępu drugiego w zakresie, w jakim stwierdza, iż Marszałek Sejmu pełni obowiązki głowy państwa do czasu wyboru Prezydenta, czy znowelizowania treści ustępu czwartego, tak by treść tego przepisu dała pogodzić się z przepisami Konstytucji odnoszącymi się do obligatoryjnego skrócenia kadencji Sejmu. Wśród pomysłów mających na celu udoskonalenie przepisów Konstytucji pojawiają się także głosy o potrzebie wprowadzenia urzędu wiceprezydenta w Polsce. Niezależnie od tego, w którym kierunku podążą ewentualne zmiany w zakresie art. 131 Konstytucji, warto przeprowadzić szeroką debatę w tym temacie. Warto również pamiętać, iż urząd Wiceprezydenta w Stanach Zjednoczonych, którego rozwiązania w tym zakresie stawiane są za wzór dla innych krajów, również na przestrzeni lat był różnie postrzegany. W czasie Konwencji Konstytucyjnej w roku 1787 twierdzono, iż wprowadzenie takiego stanowiska nie jest pożądane. Pierwotnie, po wprowadzeniu urzędu Wiceprezydenta

³¹ Napieralski: *potrzebny jest wiceprezydent*, <http://www.rp.pl/artykul/505409.html>, 27.02.2018.

³² R. Chruściak, *Prace konstytucyjne w latach 1997–2007*, Warszawa 2009, s. 143.

³³ Nie bez powodu od lat na stosunkowo wysokim poziomie utrzymuje się odsetek osób deklarujących chęć zlikwidowania Senatu, co potwierdzają przeprowadzane w tym temacie badania opinii publicznej, a dyskusja na ten temat powraca przy okazji każdej kampanii przed wyborami parlamentarnymi. Szerzej na ten temat: <http://www.wnp.pl/wiadomosci/sondaz-polacy-za-likwidacja-senatu-i-zmniejszeniem-liczby-poslow,16722.html>, 27.02.2018.

w artykule II par. 1 Konstytucji Stanów Zjednoczonych, był on obsadzany przez osobę, która w wyborach prezydenckich uzyskała drugi wynik (zwycięzca zostawał zaś Prezydentem), co powodowało, iż urząd ten nie cieszył się zbyt dużym uznaniem. Dopiero wprowadzenie poprawek do Konstytucji Stanów Zjednoczonych (m.in. XII, XX i XXV poprawki) doprowadziło do ukształtowania urzędu Wiceprezydenta Stanów Zjednoczonych w obecnym kształcie³⁴. Obecnie w Stanach Zjednoczonych mało kto twierdzi, iż urząd ten jest pozbawiony sensu, a raczej cieszy się prestiżem i uznaniem. Możliwe, iż szersza debata nad potrzebą nowelizacji art. 131 Konstytucji pozwoli także na przeprowadzenie merytorycznej debaty nad potrzebą wprowadzenia urzędu wiceprezydenta w Polsce.

* * *

Does Poland Need the Post of the Vice-President?

Tragic events that took place on 10th of April 2010 were not only a great shock for the whole Polish nation, but also an important test for the efficiency of functioning of the Polish country. For the first time since the Constitution have been passed, the regulations on the substitute of the President due to his death were used. This events exposed the inexcellence of the solutions applied in the text of the Constitution. At the beginning article presents the regulations on the substitute of the head of state from different countries. Furthermore, the article shows criticism on present solutions on the substitute of the President in the Polish Constitution and finally proposes the possibility to implement the position of the Vice-President in Polish legal system as one of the possible solutions to improve the rules of the Polish Constitution in this aspect.

Key words: President, Vice-president, Constitution, The Speaker of the Sejm, Constitutional Tribunal

³⁴ M. Turek, *Urząd Wiceprezydenta Stanów Zjednoczonych Ameryki*, Kraków 2014, s. 23–102.

Bartłomiej Bodziński-Guzik¹

Komitety negocjacyjnego tworzenia regulacji: analiza i krytyka rozwiązań normatywnych

Streszczenie:

W niniejszym artykule zaprezentowana została jedna z metod partycypacji publicznej wykorzystywana w amerykańskim porządku prawnym – metoda negocjacyjnego tworzenia regulacji. Została ona przedstawiona na przykładzie komitetów negocjacyjnego tworzenia regulacji wprowadzonych przez amerykańskiego ustawodawcę w *Negotiated Rulemaking Act* z 1990 r. Autor dokonuje prezentacji kolejnych etapów procedury, poczynając od utworzenia komitetu, jego obrad, na stopniu związania administracji jego efektami kończąc. Poszczególne etapy procedury poddawane są analizie i krytyce. Wymów podsumowuje refleksja nad użytecznością przeprowadzonych rozważań dla rodzimego porządku prawnego.

Słowa kluczowe: partycypacja, komitety negocjacyjnego tworzenia regulacji, administracja publiczna, tworzenie regulacji, amerykańskie instytucje prawne

1. Wstęp

Trudno nie zgodzić się ze stwierdzeniem, iż szczególnie obecnie problem szeroko rozumianej partycypacji publicznej², tj. włączania się obywateli w proces rządzenia, nabiera coraz większego znaczenia z uwagi na fakt komplikowania się struktur i stosunków społecznych. Coraz intensywniejsze ingerowanie ustawodawcy w życie obywateli, poprzez

¹ Autor jest studentem IV roku prawa oraz V roku administracji na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

² Klasycznie ujmując partycypację jako proces, w trakcie którego przedstawiciele społeczeństwa uzyskują wpływ, a pośrednio i kontrolę nad decyzjami władz publicznych, gdy te decyzje mają bezpośredni lub pośredni wpływ na ich własne interesy. Def. za: D. Długosz, J.J. Wygnański, *Obywatele współdecydują. Przewodnik po partycypacji społecznej*, Warszawa 2005, s. 11.

bardziej skrupulatne regulowanie szczegółowych kwestii ich dotyczących, nie zawsze przynosi pożądaný skutek i spotyka się z pozytywnym odbiorem. Często regulacje dotyczące specjalistycznych dziedzin życia lub też wpływające na szerokie grono różnicowanych światopoglądowo odbiorców okazują się być dysfunkcyjne, nie spełniając swojego normatywnego zadania³. Jako jedno z postulowanych rozwiązań tego problemu, tj. podniesienia jakości regulacji i stopnia jej internalizacji u adresatów, wskazuje się na partycypację publiczną. Uznaje się, iż włączenie przyszłych adresatów norm w proces decyzyjny może skutkować zarówno lepszą merytorycznie regulacją⁴ – poprzez proces dokapitalizowania wiedzą pochodzącą od nich samych, jak i lepszą jej internalizacją oraz akceptacją z uwagi na fakt oddolnego jej pochodzenia. Próby sformalizowania partycypacji, nadania jej ram normatywnych, często powodują jednak, że regulacje normujące uczestnictwo obywateli w procesie stanowienia prawa borykają się z tymi samymi problemami co regulacje dysfunkcyjne z uwagi na brak zaangażowania adresatów. Z tego względu analiza wykorzystywanych już rozwiązań może być cennym narzędziem służącym unikaniu podobnych błędów w przyszłości. Mając na względzie wagę wskazanych postulatów, w poniższym artykule zaprezentowane zostaną ramy metody komitetów oraz zjawisko partycypacji w kontekście przedmiotowej procedury. Kolejnym punktem będzie przybliżenie czytelnikowi rozwiązań normatywnych związanych z celem obrad komitetu, podmiotami uprawnionymi do zasiadania w nim, a także procedurą jego ustanowienia. Poruszona zostanie także problematyka *notice and comments* w związku z procedurą oraz pozostałe normy umieszczone w akcie, takie jak obowiązki komitetu czy zasady sądowej kontroli. W trakcie prezentacji na bieżąco dokonywał będę oceny prezentowanych rozwiązań. Na zakończenie przytoczone zostaną przykłady wykorzystania metody komitetów w praktyce oraz wnioski wynikające z przeprowadzonej analizy.

Celem poniższego artykułu jest przybliżenie czytelnikowi procedury negocyjnego tworzenia regulacji (*negotiated rulemaking*, dalej jako: *reg-neg*), poprzez analizę i ocenę składających się na nią rozwiązań normatywnych. Zostanie ona zaprezentowana na przykładzie komitetów negocyjnego tworzenia regulacji. Poniższe uwagi *de lege lata* stanowią rezultat przeprowadzonej przeze mnie analizy treści aktu normatywnego regulującego działalność komitetów.

Prezentowane poniżej rozwiązania normatywne przyjęte zostały przez amerykańskiego ustawodawcę w *Negotiated Rulemaking Act*⁵ z 1990 r. (dalej jako: *NRA*). Zawiera on zasady i wytyczne dotyczące tworzenia i funkcjonowania komitetów negocyjnego tworzenia regulacji. Są one jedną z metod partycypacji obywatelskiej w procesie

³ M. Stępień, *Responsywna administracja publiczna*, Toruń 2008, s. 135 i nast.; T. Woś, *Niezależne organy regulujące w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Zagadnienia prawne*, Kraków 1980; K. Poczykowska, *Rola i znaczenie partycypacji publicznej* [w:] A. Maszkowska, K. Sztop-Rutkowska, *Partycypacja obywatelska – decyzje bliższe ludziom*, Białystok 2013, s. 47 i nast.

⁴ National Performance Review, *Improving Regulatory Systems*, 1993, s. 29–31, cyt. za: P.J. Harter, *Assessing The Assesors: The Actual Performance of Negotiated Rulemaking*, New York Environmental Law Journal 2000, 9, s. 4, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=202808, 03.10.2017.

⁵ U.S.C. §§ 561–570.

stanowienia regulacji obecnych w amerykańskim systemie prawnym. Z uwagi na prezentowany stopień szczegółowości, dla lepszego zrozumienia prezentowanej tematyki konieczne jest zaznajomienie się czytelnika z procedurą prawną dotyczącą ustanawiania oraz obrad komitetu, a także z pozycją agencji w amerykańskim systemie prawnym i istotą wspomnianych regulacji. Poniżej prezentuję jedynie ramowy jej przebieg. Szerzej o pozycji agencji federalnych oraz roli regulacji przeczytać można w przywoływanej literaturze autorstwa T. Wosia oraz M. Stępnia⁶.

2. Procedura ustanowienia oraz obrady komitetu

Komitet negocyjacyjnego tworzenia regulacji powoływany jest przez szefa danej agencji⁷, po zbadaniu przez niego zasadności jego utworzenia. Podjęcie decyzji poprzedzone jest umieszczeniem na stronie internetowej tzw. *Notice of intent*, w której zwierzchnik informuje o zamiarze powołania komitetu, celu jego obrad oraz proponowanym składzie zgodnie z wymogami określonymi w *NRA*. Obwieszczenie to podlega procedurze *notice and comments*⁸, po której zwierzchnik podejmuje ostateczną decyzję o ustanowieniu lub nieustanowieniu komitetu. W przypadku jego ustanowienia członkowie, z których co najmniej jeden jest reprezentantem agencji, deliberują w celu osiągnięcia konsensusu lub kompromisu, jeśli zdecydują się na takie rozumienie celu obrad. Efektem końcowym ich prac winien być projekt przedmiotowej regulacji. Uczestnicy samodzielnie ustalają regulamin obrad, w trakcie których mogą korzystać z pomocy moderatorów. Na zakończenie prac przedstawiają oni raport zawierający efekty obrad, tj. projekt regulacji lub, w przypadku braku osiągnięcia porozumienia, wskazówki i uwagi. Całościowy raport może zostać uzupełniony o uwagi poszczególnych członków.

3. *NRA* a problematyka partycypacji

Analizę postanowień *NRA* rozpocząć należy od głównego celu, czy też wartości przyświecającej amerykańskiemu ustawodawcy przy jego promulgacji. Nie jest on wskazany w akcie wprost – sam ustawodawca określa go jako chęć zwiększenia zastosowania negocyjacyjnego regulowania, z wykorzystaniem nieformalnych metod, poprzez nadanie mu adekwatnych ram prawnych (§ 561). Można przypuszczać, że ma on na celu zwiększenie partycypacji obywatelskiej w procesie stanowienia prawa. Na gruncie normatywnym postulowany jest taki poziom udziału obywateli, który zapewni im możliwie jak najszerszy, realny wpływ na kształt regulacji.

⁶ M. Stępień, *op.cit.*, s. 135 i nast.; T. Woś, *op.cit.*, s. 13 i nast., s. 65 i nast.

⁷ Np. Agencja ds. Żywności i Leków czy Federalna Komisja Handlu.

⁸ Procedura ta, co do zasady, polega na obligatoryjnym umieszczaniu treści proponowanej przez agencję regulacji w oficjalnym rejestrze oraz na stronie internetowej. Następnie ma miejsce ograniczony w czasie proces komentowania propozycji przez zainteresowane strony. Agencja nie jest związana treścią złożonych komentarzy, musi natomiast odnieść się do nich, w szczególności uzasadnić ich nie uwzględnienie.

C. Coglianese ujmuje partycypację jako proces wartościowy sam w sobie, kultywujący cnoty obywatelskie i wzmacniający etos republikański⁹. R. Masango pisze z kolei, że: „Partycypacja to deliberatywny proces, poprzez który jednostki zaangażowane są w kształtowanie spraw publicznych. Jego celem jest osiągnięcie racjonalnie umotywowanej zgody”¹⁰. Takie ujęcie wydaje się najlepiej oddawać rozumienie partycypacji przez amerykańskiego ustawodawcę. Także sam cel obrad komitetu, czyli osiągnięcie konsensu, utwierdza mnie w przekonaniu, iż właśnie taka, deliberatywna, realna, ale także wymagająca zaangażowania partycypacja pogłębiająca rzeczywisty udział obywateli uznawana jest przez prawodawcę za naczelny cel i wartość metody partycypowania wprowadzonej poprzez *NRA*. Zgadzam się, że treść aktu w aspekcie przedmiotowym oraz sposób uregulowania występujących w nim dyrektyw przywodzi na myśl ustawodawstwo bardziej cywilno-prawne niż administracyjne¹¹. Jednocześnie nie sposób zaprzeczyć, iż uregulowanie na poziomie ustawowym, nawet semiimperatywnie, sposobu wykorzystania komitetów jest formą ograniczenia całkowicie uznaniowego jej wykorzystania. Zastrzeżenie, że postanowienia *NRA* nie powinny być traktowane jako ograniczające innowacyjność metod regulowania, skłania ku refleksji, że celem aktu prawnego, zgodnie z jego początkowym artykułem, jest wyznaczenie ram prawnych, dzięki którym agencje częściej i sprawniej będą mogły sięgać po rozwiązania deliberatywne. Założenie takie wydaje się racjonalne, przynajmniej na gruncie normatywnym¹². Przyjąć należy, iż ustawodawca wzywa do stosowania wykładni celowościowej, przynajmniej w zakresie, w jakim inna interpretacja mogłaby ograniczać innowacyjność (§ 561 zd. 2). Należy pozytywnie ocenić to stanowisko, gdyż w przeciwnym razie metoda mająca na celu uelastycznienie i odformalizowanie procesów legislacyjnych, okazać mogłaby się klasycznym przykładem „wylania dziecka z kąpielą”.

4. Konsensus jako cel obrad komitetu

Przechodząc do celu obrad samego komitetu, którym jest wspomniany już konsensus (jednomyślna zgoda), należy zastanowić się nad sensownością i realnością takiego rozwiązania. Oczywistym jest, że w kwestiach spornych, kontrowersyjnych występuje duża polaryzacja poglądów i konflikt interesów. Wydawać mogłoby się, iż oczekiwanie w takiej sytuacji jednomyślności jest, jeśli nie oderwane od rzeczywistości, to przynajmniej nazbyt optymistyczne. Co do zasady można zgodzić się z taką tezą. Oceny należy jednak dokonać biorąc pod uwagę deliberatywny model partycypacji przyjęty w akcie. Z uwagi na zwiększenie udziału obywateli, a także nakładu środków i czasu oraz ze względu na większą ilość uprawnień przysługujących komitetowi, należy oczekiwać więcej od jego członków. Możliwość samodzielnego przyjęcia przez komitet tego,

⁹ C. Coglianese, *E-rulemaking: Information Technology and the Regulatory Process*, *Administrative Law Review* 2004, 56/2, s. 39 i nast., cyt. za: M. Stępień, *op.cit.*, s. 107.

¹⁰ R. Masango, *Public Participation: A Critical Ingredient of Good Governance*, *Politeia* 2002, 21/2, s. 53, cyt. za: M. Stępień, *op.cit.*, s. 107.

¹¹ M. Stępień, *op.cit.*, s. 143.

¹² Rozważania w powyższym rozdziale mają charakter normatywny.

jak będzie rozumiany ów konsensus, np. jako kompromis (ogólne porozumienie, ale nie jednomyślność), należy traktować jako próbę uelastycznienia procedury. Niemniej jednak w przedmiotowej sytuacji ustawodawca nadal restrykcyjnie dąży do osiągnięcia pozornie nierealnej jednomyślności, gdyż za sprawą swoistej „meta-zgody”, „meta-konsensu” inna przyjęta definicja czyni zadość ustawowym postulatowi. Pozytywnie zatem należy ocenić takie ukształtowanie celu działania komitetu.

5. Podmioty uprawnione do zasiadania w komitecie

Przed przejściem do przesłanek pozwalających zwierzchnikowi agencji na powzięcie zamiaru powołania komitetu zajmę się analizą dyrektyw dotyczących jego uczestników, czyli członków komitetu oraz osób zaangażowanych w jego powstanie i obrady, tj. „zwołującego” i moderatora. Akt wskazuje jako potencjalnych członków komitetu strony, które są w stanie adekwatnie reprezentować grupy interesów. Nie ma przy tym znaczenia osobowość prawna strony (członka), który może być zarówno osobą fizyczną, jak i każdą inną jednostką posiadającą wymaganą zdolność prawną w rozumieniu przepisów ogólnych.

Grupa interesu definiowana jest z kolei jako grupa osób, które w odniesieniu do kwestii czy sprawy mają podobny punkt widzenia lub na które regulacja może wpłynąć w podobny sposób [§ 562 (5), (8), (9)]. Rozwiązanie takie pozwala wyprowadzić kilka wniosków. Po pierwsze, ustawodawca odwołując się do przepisów ogólnych, celem wskazania uprawnionych podmiotów, unika zawężenia grupy potencjalnych członków. Trudno wyobrazić sobie inne uregulowanie, które nie prowadziło do ograniczenia partycypacji. Po drugie, ustawodawca definiuje pojęcie grupy interesu przez dwie przesłanki. Grupa taka może składać się z osób, na które regulacja „wpłynie w podobny sposób” lub które mają co do niej „podobny punkt widzenia”. Nie trudno wyobrazić sobie sytuację, gdy oba te kryteria mogą być spełniane łącznie przez niektóre z grup, ponieważ z reguły to wpływ regulacji będzie miał znaczenie przy ocenie danej regulacji. Rozróżnienie to nie jest jednak bezzasadne, gdyż w niektórych sytuacjach, pomimo podobnego wpływu regulacji, punkt widzenia może być zgoła odmienny.

6. Kryterium interesu jako przesłanka uprawniająca do uczestnictwa w obradach

Przedmiotem istotnej analizy powinien być tutaj rodzaj tego interesu. Niewątpliwie możemy mówić o interesie faktycznym, który powinien być jednak uzasadniony i konkretny, tj. spełniać wymienione powyżej kryteria. Rodzi to pytanie o charakter tego interesu, który rozważyć można np. w kontekście triady Bernatzika. „Interes faktyczny przeobraża się w interes prawny, gdy uzyskuje odniesienie prawne, tzn. gdy wynika z normy prawnej, opiera się na niej lub daje się z nią powiązać”¹³. Z taką sytuacją mamy niewątpliwie do czynienia w przypadku NRA, wskazać można bowiem w jego treści normę prawną odnoszącą się do realizacji interesu faktycznego polegającego

¹³ J. Zimmermann, *Prawo Administracyjne*, Warszawa 2014, s. 312.

na uczestnictwie w Komitecie. Ochronie prawa do uczestniczenia w Komitecie, a zatem reprezentowanego interesu, służyć ma instytucja akcesu do komitetu po ogłoszeniu *Notice of intent*¹⁴. Obostrzona jest ona jednak konkretnymi przesłankami, tj. zgłaszający się (lub nominowany) do komitetu powinien przedstawić swoje dane wraz ze wskazaniem grupy interesu, jaką ma reprezentować, dowód na jego umocowanie do reprezentacji, oświadczenie o aktywnym działaniu w dobrej wierze na rzecz prac komitetu oraz wyjaśnienie, dlaczego strony wskazane na członków komitetu nie reprezentują go w stopniu dostatecznym. Niesie to za sobą przynajmniej dwie konsekwencje. Po pierwsze, wskazuje na dążenie ustawodawcy do stanu, w którym jedna strona (osoba) reprezentuje jeden interes. Po drugie, wydaje się ograniczać udział „społeczników/teoretyków” w pracach komitetu. Jak łatwo się domyślić, konsekwencją takiego dążenia jest znacząca polaryzacja poglądów grupy. Do konsekwencji takiego stanu rzeczy odniosę się później. Ograniczenie udziału wspomnianych „teoretyków” należy z jednej strony ocenić negatywnie, jako ograniczające partycypację, z drugiej strony za zasadne, jeśli celem komitetu jest stworzenie regulacji najpełniej oddającej preferencje jej adresatów.

7. Reprezentacja interesu agencji w trakcie obrad, uczestnictwo osób trzecich

Kontynuując rozważania na temat uczestników komitetu, wskazać należy na odgórny wymóg reprezentowania interesów agencji podczas jego obrad. Wymóg ten jest realizowany poprzez uczestnictwo przynajmniej jednego delegata do jej reprezentacji. Powinien on być traktowany na równi z pozostałymi członkami komitetu oraz mieć prawo w pełni reprezentować interesy agencji. Mając na względzie powyższe, agencja zapewnia sobie takie samo prawo do uczestniczenia w obradach, jak pozostałym uczestnikom. Co więcej, przyjąć należy, także w świetle innych regulacji, m.in. zakazu moderowania obrad przez reprezentanta agencji, że zrzeka się ona na czas obrad swojego władztwa w zakresie regulowania, umiejscawiając się na równi z zainteresowanymi. To rozwiązanie należy ocenić bardzo pozytywnie, jako silnie realizujące idee partycypacji deliberatywnej¹⁵. Także wspomniany zakaz uważam za zasadny, dopuszczenie reprezentanta agencji do moderacji obrad mogłoby rodzić obawy o stronniczość i próbę manipulowania ich przebiegiem. Myśl ta prowadzi do ostatniej kwestii, tj. ograniczeń udziału osób trzecich w procedurze, czyli wspomnianych zwołujących oraz moderatora.

Zgodnie z *NRA* agencja powinna zbadać, czy nie występują przesłanki (finansowe lub personalne) mogące być przeszkodą w pełnieniu przez daną osobę jej funkcji. Rozwiązanie to należy uznać za słuszny zabieg legislacyjny oraz klasyczny przykład wyłączenia (mający zapobiec zewnętrznym wpływom na efekt prac komitetu – np. w wypadku moderatora reprezentującego partykularne interesy, czy zwołującego – odpowiedzialnego

¹⁴ Z uwagi na tę ochronę dochodzi zatem do przeobrażenia interesu faktycznego w interes prawny. Otwarta natomiast pozostaje kwestia, czy uprawnieniu temu przysługuje jeszcze mocniejsza ochrona, tzn. czy mieści się ono w kategorii publicznych praw podmiotowych. *NRA* nie wskazuje, czy poprawnie wypełnione zgłoszenie może zostać odrzucone przez agencję.

¹⁵ *Ibidem*, s. 108 i nast.

za dobór składu komitetu, również mogącego tak dobrać grupy interesu, aby skład odzwierciedlał jego indywidualne poglądy). W tym miejscu, aby zachować ciągłość wyводу, przedstawię obowiązki moderatora i zwoływającego. Do obowiązków pierwszego z nich należy przewodniczenie obradom, bezstronne wspieranie członków komitetu w prowadzeniu deliberacji i negocjacji, prowadzenie „policji sesyjnej”¹⁶ zgodnie z regułami *Federal Advisory Committee Act* (dalej jako: *FACA*)¹⁷. Umożliwienie włączenia do obrad moderatora należy uznać za słusne rozwiązanie, szczególnie z uwagi na fakt, iż nie wszyscy członkowie komitetu muszą być obeznani z zasadami prowadzenia negocjacji (deliberacji) w sposób skuteczny. Z pewnością może on pozytywnie wpłynąć na poziom i efektywność obrad. Pozytywnie ocenić można sposób jego wyłonienia, dążący jak się wydaje do osiągnięcia owej, tak trudnej do zmierzenia bezstronności.

Ustawodawca przewidział dwie możliwości wyłonienia moderatora. Pierwszą z nich jest zaakceptowanie przez komitet kandydatury wskazanej przez agencję. W wypadku braku takiej akceptacji, osobę do pełnienia tej funkcji członkowie komitetu mogą wyznaczyć samodzielnie. W obu przypadkach kandydat musi zostać zatwierdzony za pełną zgodą komitetu. Ustawodawca ponownie kładzie tutaj nacisk na jednomyślność. Uwzględnia jednocześnie możliwe trudności z jej osiągnięciem, np. w sytuacji zastrzeżeń co do bezstronności delegata ze strony agencji. Takie rozwiązanie wydaje się być przemyślane i spójne. Pozwala ono zapewnić należyty poziom obrad, a także niweluje zagrożenia związane z zewnętrznymi naciskami. Jak wspomniałem, przesłanki wyłączenia dotyczą także zwoływającego, czyli osoby którą agencja ma prawo powołać przy określaniu osób, na które regulacja może wpłynąć w sposób znaczący. Do jego obowiązków należy przedstawienie potencjalnym uczestnikom kwestii mającej być przedmiotem regulacji, celem ustalenia czy utworzenie komitetu jest właściwe i zasadne dla przedmiotowej regulacji. Dodatkowo zobowiązany jest on raportowania postępów i ewentualnego składania uwag. Pozwala to zwierzchnikowi na bieżącą ewaluację zasadności powołania komitetu. Efekty prac zwoływającego powinny być dostępne na publiczne żądanie. Ze względu na wspomniane już przyczyny za zasadną należy uznać konieczność zbadania, czy w odniesieniu do zwoływającego nie występuje konflikt interesów. Po przedstawieniu regulacji dotyczących uczestników obrad ocenie należy poddać przesłanki pozwalające na ustanowienie komitetu i jednocześnie na stwierdzenie, że wykorzystanie tej metody leży w interesie publicznym.

8. Przesłanki determinujące decyzję o ustanowieniu komitetu

Pierwszą z przesłanek jest istnienie zapotrzebowania na regulację, tj. stwierdzenie przez agencję, że przedmiotowy zakres potencjalnej regulacji nadaje się do opracowania na drodze deliberatywnej. Przesłanka ta ma charakter prakseologiczny, trudno zatem oczekiwać ustanowienia komitetu co do kwestii zbyt szerokich, wymagających np. ustawowego uregulowania. Bezzasadne byłoby to także przy problemach zbyt wąskich,

¹⁶ *Ibidem*, s. 144.

¹⁷ *Federal Advisory Committee Act* 1972, https://www.gsa.gov/graphics/ogp/without_annotations_R2G-b4T_0Z5RDZ-i34K-pR.pdf, 17.12.2016.

co prowadzi nas do drugiej przesłanki, mianowicie istnienia ograniczonej liczby możliwych do zidentyfikowania grup interesów, na które regulacja wpłynie w sposób znaczący. W sytuacji, gdy mamy do czynienia ze zbieżnością interesów, a rozbieżności dotyczą jedynie np. pewnych technicznych aspektów, agencja powinna zbadać, czy klasyczne metody partycypacji nie okażą się wystarczające. W tym aspekcie należy uznać za zasadne pozostawienie procedury *notice and comments* jako nadrzędnej w stosunku do metody *reg-neg*.

Kolejne trzy warunki należy rozważyć łącznie. Są to: istnienie uzasadnionego prawdopodobieństwa, że komitet osiągnie porozumienie w sprawie w ustalonym terminie; występowanie okoliczności, w których negocjacyjne tworzenie regulacji nie będzie bezzasadnie opóźniać *notice and comments* ani ustanowienia ostatecznej regulacji oraz posiadanie przez agencję odpowiednich środków na potrzeby ustanowienia komitetu. O ile pozytywnie należy ocenić fakt wskazania przez ustawodawcę na ekonomiczne aspekty ustanowienia komitetu, zarówno w kontekście efektywności prac agencji, jak i funduszy, o tyle użycie nieostrych pojęć w konstytuowaniu tych wytycznych trudno uznać za udane. Słusznym wydaje się założenie, że ustawodawca kierował się tutaj pewną pragmatyką oraz troską o interes publiczny. Z pewnością zaistnieć mogą sytuacje, w których wysokie koszty oraz rozciągnięcie w czasie spowodują nieekonomiczność procedury. Niemniej jednak, jeśli istotą metody *reg-neg* powinno być wypracowanie lepszych, bliższych adresatom oraz mocniej i chętniej internalizowanych regulacji, a taki postulat wydaje się zasadny, to w takich przypadkach należy rozważyć, czy większe koszty lub dłuższy czas regulowania w stosunku do klasycznych metod nie okażą się zasadne, odwołując się do wspomnianych wcześniej postulatów interpretacyjnych oraz sformułowania „bezzasadnie opóźni”. Podobnej interpretacji należy poddać sformułowanie „uzasadnione prawdopodobieństwo”. Dochodzi tu bowiem do uznaniowego wartościowania, które pozwala uwzględniać wspomniane i nadrzędny interes społeczny, choć nie jest całkiem zgodne z ideą szerokiej partycypacji. Trudno oczekiwać, żeby zwierzchnik agencji powoływał komitet, jeśli antagonizmy między stronami czy złożoność problemu są tak duże, że nie wskazuje to na możliwość znalezienia rozwiązania w sensownym terminie.

Kolejną przesłanką jest istnienie uzasadnionego prawdopodobieństwa, że komitet będzie w sposób zrównoważony reprezentował swoich członków, którzy będą w stanie w sposób adekwatny reprezentować grupy interesów oraz są skłonni do negocjowania w dobrej wierze. Wykorzystanie nieostrych twierdzeń w akcie prawnym bardzo często rodzi kontrowersje. O ile samą dyrektywę należałoby z tego powodu ocenić negatywnie jako zbyt uznaniową, jeśli nie niemierzalną, o tyle w kontekście pozostałych przesłanek oraz mechanizmów zabezpieczających interesy ewentualnie pominiętych grup, uznać należy ją za spójną z pozostałymi przesłankami. Trudno za bezzasadny uznać postulat, aby za reprezentację grupy odpowiadała osoba, która nie ma odpowiedniego umocowania, podobnie jak trudno oczekiwać skuteczności i przeznaczać publiczne środki na osoby niechętne do podjęcia rozmów w dobrej wierze.

Na zakończenie analizy warunków zasadności podjęcia decyzji o ustanowieniu komitetu przytoczyć należy przesłankę dotyczącą gotowości agencji do uznania

wypracowanego rozwiązania w największym możliwym stopniu, zgodnie z prawnymi zobowiązaniami, wypracowanego przez komitet konsensu, jako podstawy regulacji mającej być następnie przedmiotem *notice and comments*. W tym miejscu podnieść należy niewątpliwie najpoważniejszy zarzut odnośnie uregulowania instytucji komitetów. Pomimo podjęcia przez ustawodawcę próby ograniczenia za pomocą powyższej dyspozytywnej dyrektywy negatywnych skutków braku związania agencji wypracowanym konsensem, uznać należy ją za niewystarczającą. Uzasadnieniem dla takiego stanu rzeczy mogą być wartości takie jak pewność prawa czy legitymacja władzy oraz wspomniana już subsydiarność metod negocyjnych względem komentowania. Jednak ilość poświęconego czasu i środków wskazywałaby na zasadność silniejszego związania agencji efektami prac komitetu. Wydaje się zatem, iż odpowiednim byłoby ingerowanie przez agencję w kształt regulacji dopiero po zebraniu komentarzy dotyczących przygotowanego projektu regulacji. Takie rozwiązanie jest jednak problematyczne w sytuacji, gdy komitet nie wypracuje gotowego rozwiązania lub efekty jego prac będą częściowe. Prowadzi to dopytania, czym w istocie są wypracowane przez komitet efekty.

9. Rola *notice and comments* oraz *Notice of intent* w procedurze NRA

Analizując cel ustanowienia NRA, zasadnym byłoby zobowiązanie agencji do poddania procedurze *notice and comments* całościowego rozwiązania w takiej formie, w jakiej udało się je wypracować oraz pozostawienie klauzuli maksymalnej recepcji w pozostałych przypadkach. Rozwiązanie takie nie tylko byłoby konsekwentne i zbieżne z założeniami deliberatywnej partycypacji oraz całym aktem, ale także nie wpływałoby negatywnie na pewność prawa czy legitymizację władzy, z uwagi na fakt, iż po przeprowadzeniu procedury agencja nadal dysponowałaby swoimi, przynajmniej częściowymi, uprawnieniami do ingerencji w akt. Na negatywną ocenę wpływa jeszcze jeden argument. Skoro agencja ma zapewnioną możliwość ingerowania w treść proponowanej regulacji na równi z innymi, uznaniowość w tym zakresie powinna zostać ograniczona. Analiza przesłanek uprawniających zwierzchnika agencji do podjęcia decyzji o zamiarze ustanowienia komitetu pozwala na przejście do kolejnych zagadnień, a mianowicie procedury ustanowienia i obrad komitetu.

Jak już wspomniano, ustanowienie komitetu zależy od zgodności z interesem publicznym i celowości zastosowania metod *reg-neg* w przedmiotowym przypadku. Decyzja ta należy do zwierzchnika agencji, który bada ją, weryfikując wymienione powyżej przesłanki. Ocena tego rozwiązania pozwoli także zbadać zasadność przesłanek w szerszym kontekście. W celu ich zbadania może skorzystać z pomocy zwołującego. Na podstawie własnych przemyśleń i/lub raportu zwołującego zwierzchnik podejmuje decyzję w przedmiocie zamiaru ustanowienia bądź nieustanowienia komitetu. Podkreślić należy, iż jest to w istocie meta-decyzja. Dotyczy ona jedynie chęci ustanowienia i jest stwierdzeniem, że zwierzchnik agencji uznał przedmiotowy stan faktyczny za nadający się do regulacji poprzez komitet. W takiej sytuacji agencja zobowiązana jest zamieścić, zgodnie z procedurą, wspomnianą *Notice of Intent*. Decyzja ta jest przejawem

ograniczonej dyskrekcji¹⁸, bowiem – paradoksalnie – ograniczenie to wynika ze wspomnianych wcześniej przesłanek, które całościowo rozpatrzyć należy nie tyle jako zawężające partycypację, a jedynie optymalizujące warunki, w których taka partycypacja ma szansę jak najpełniej spełnić swoje zadanie. Jednocześnie, zgodnie z postulowaną wykładnią, spełnienie ich powinno prowadzić do ogłoszenia *Notice of intent*, tak jednak nie jest. Nie zagłębiając się w kwestie wykładni, konieczność poddania tej decyzji komentowaniu należy ocenić pozytywnie z punktu widzenia wartości partycypacyjnych, natomiast uznaniowość tej decyzji za negatywne rozwiązanie. Wszakże jest to jedynie kwestia niewiążącego zamiaru zwierzchnika agencji.

Ogłoszenie *Notice of Intent* pełni dwie funkcje. Po pierwsze, udostępnienie opinii publicznej danych dotyczących dotychczasowych efektów prac pozwala na kontrolę i ocenę działań agencji. Po drugie, daje szansę na akces podmiotów pominiętych, na zasadach wskazanych powyżej. Akces ten jest rozwiązaniem niezwykle ciekawym, ponieważ nie tylko sprzyja szerszej partycypacji (w razie niedopatrzeń, pominięć), ale dodatkowo zwalnia agencję z ponownego badania przesłanek, pozostawiając w jej gestii jedynie ocenę sensowności uzasadnienia. Pozwala to uniknąć np. ponawiania całej procedury zwoływania, co wydłużyłoby czas i zwiększyło koszty. Po zebraniu komentarzy odnośnie zamiaru ustanowienia komitetu agencja ogłasza swoje ostateczne, poparte uzasadnieniem stanowisko. Dodatkowo, gdy decyzja jest negatywna, zobowiązana jest poinformować bezpośrednio zaangażowane osoby. To rozwiązanie także wydaje się ograniczać skutki uznaniowości, szczególnie jeśli uzasadnienie jest racjonalne i spójne.

10. Przebieg prac komitetu

Poniżej zaprezentowana zostanie analiza przebiegu prac komitetu, a następnie paragrafów końcowych *NRA*, czyli obowiązków raportowania przez komitet, kosztów jego utworzenia i uczestnictwa w nim oraz zasad sądowej kontroli. W sytuacji, w której komitet zostaje ustanowiony, w zakresie jego utworzenia oraz administrowania agencja podlega pod regulacje *Federal Advisory Committee Act*¹⁹ [§ 565 (a)(1)]. Zawiera on wytyczne i dyrektywy dotyczące tworzenia oraz istnienia szeroko pojętych ciał doradczych tworzonych na potrzeby amerykańskich organów wykonawczych. *FACA* pozostaje istotny w aspekcie, w którym reguluje otwartość obrad komitetu na obecność publiki. Zgodnie z §10 (a)(1) *FACA* każde spotkanie komitetu doradczego powinno być dostępne dla obserwatorów chyba, że przepisy szczególne stanowią inaczej. Praktyka wydaje się wpisywać w regulacje *FACA*, przy czym publika nie jest dopuszczana do deliberacji, jeśli komitet nie postanowi inaczej na podstawie przepisów szczegółowych²⁰.

¹⁸ Zgodzę się jednak z tezą, iż decyzja ta jest całkowicie uznaniowa, szczególnie przy stosowaniu wykładni literalnej, na co wskazują czasowniki „may” i „shell”; § 563 (a) *NRA*.

¹⁹ https://www.gsa.gov/graphics/ogp/without_annotations_R2G-b4T_0Z5RDZ-i34K-pR.pdf, 17.12.2016.

²⁰ C.B. Harrington, L.H. Carter, *Administrative Law and Politics: Cases and Comments*, New York 2015, <https://books.google.pl/books?id=6aCnBAAQBAJ&printsec=copyright&hl=pl#v=onepage&q&f=false>, 17.12.2016.

Oba te rozwiązania, zarówno jawność, jak i tajność obrad, byłyby uzasadnione. Oczywiście otwartość zwiększa transparentność obrad i jest zgodna z ideą partycypacji. Jednocześnie może także ograniczać swobodę deliberacji, a z uwagi na postulowaną pełną i równą reprezentację interesów wydaje się, że obserwatorzy posiadać powinni swoich przedstawicieli już zasiadających w komitecie i posiadających ich mandat. Z tego względu obecność publiki może być nie tylko dysfunkcyjna, ale także wydaje się bezcelowa, przynajmniej częściowo. Oceny tego należałoby jednak dokonywać w odniesieniu do konkretnego przypadku.

Ustawowe ograniczenie wielkości komitetu (z dyskrejonalnym zastrzeżeniem możliwości poszerzenia składu ponad 25 osób, na mocy decyzji zwierzchnika) ma, jak się wydaje, charakter praktyczny. Pamiętając o prawdopodobnej polaryzacji interesów reprezentantów, można wyprowadzić wniosek, iż jedna osoba reprezentuje poniekąd jeden interes. Z tego względu zbyt obszerne grono²¹ uniemożliwiałoby prawdopodobnie skuteczne obrady. Zabieg ten ma na celu wzmacniać tak istotną dla ustawodawcy równowagę, niwelując ryzyko powstawania frakcji, łączenia sił, celem narzucenia stanowisk większości. Ustawodawca wzmacnia w ten sposób pozycję dialogu oraz możliwość analizy problemu z wielu punktów widzenia. Prowadzi to do pytania o poziom wiedzy i przygotowania uczestników. Sam akt nie stawia przed uczestnikami wymagań dotyczących przygotowania merytorycznego. Rodzi to pewne wątpliwości odnośnie możliwości zapełnienia adekwatnego poziomu debaty. Przyjąć należy jednak, iż rygorystyczne przesłanki dotyczące umocowania do reprezentacji oraz wymóg istotnego wpływu, pozwalają przypuszczać, że uczestnicy, nawet jeśli nie są przedstawicielami klasy eksperckiej, posiadają przynajmniej wiedzę lokalną, która pozwala na konstruktywną debatę w przedmiotowej kwestii. Braki związane z umiejętnym uczestnictwem w dyskusji pozwala z kolei nadrobić uczestnictwo moderatora, gwarantującego odpowiedni technicznie poziom deliberacji.

Główny cel działania komitetu został już szczegółowo omówiony. Pozostaje zatem odnieść się do wymogu rozpatrzenia przez komitet kwestii poddanych przez agencję pod rozagę oraz przygotowania projektu regulacji z jej uwzględnieniem. Rozwiązanie to, podkreślające pewną podległość komitetu i ograniczające jego swobodę, ma swoje prakseologiczne uzasadnienie. Nie należy zapominać, że komitet powoływany jest, gdy agencja staje przed złożonym problemem, którego nie jest w stanie sama rozwiązać (lub klasyczne metody wydają się być mniej adekwatne). Same obrady zostały przez ustawodawcę uregulowane w sposób charakterystyczny dla aktu. Z jednej strony wskazuje on na możliwość ustanowienia wewnętrznego regulaminu obrad, z drugiej nawiązuje do postulowanej innowacyjności. Wskazuje on, że przepisy ogólne dotyczące stanowienia regulacji, tj. § 553 U.S.C., nie powinny mieć zastosowania. Znajduje to swoje uzasadnienie w fakcie, iż uczestnicy nie są profesjonalnymi legislatorami, dodatkowo komitet – jako subsydiarny dla klasycznych metod regulowania – nie może podlegać tym procedurom, których zastąpienie ma na celu.

²¹ Jak we wskazanym w rozdziale następnym przykładzie *No Child Left Behind Act*.

11. Obowiązek raportowania

Na zakończenie wskazać należy na obowiązek złożenia przez komitet raportu, zgodnie z regułami *FACA*. Biorąc pod uwagę obywatelski aspekt partycypacji oraz przywiązanie do kontroli i przejrzystości procedur, obowiązek ten wydaje się być naturalną konsekwencją przyjęcia takiego modelu. Stanowi on również efekt prac komitetu przedstawianych przezeń agencji. Zasługującym na dodatkową pochwałę rozwiązaniem jest możliwość umieszczenia w takim raporcie dowolnych uwag i załączników uznanych przez komitet bądź poszczególnych członków za istotne. Możliwość kontroli i weryfikacji prac komitetu jest szczególnie ważna z uwagi na fakt, iż jego obsługa finansowana jest ze środków publicznych. Członkowie komitetu ponoszą natomiast koszty uczestnictwa samodzielnie. Takie unormowanie należy uznać za udane, gdyż najpełniej wpisuje się w definicję pełnej czy też realnej partycypacji oraz którą wydaje się kierować ustawodawca. Pozwala to także uniknąć problemu „zawodowego” członkostwa w komitetach w sytuacji, gdyby zasiadanie w nich było wynagradzane. Prawodawca przewiduje jednak możliwość wystąpienia sytuacji, w której istotny dla zapewnienia równowagi członek nie dysponuje samodzielnie środkami koniecznymi dla uczestnictwa. Na podstawie decyzji zwierzchnika takiej osobie może zostać przyznany zwrot zasadnie poniesionych kosztów.

12. Kontrola sądowa

Końcowe paragrafy *NRA* dotyczą poddawania regulacji wypracowanych w procedurze kontroli sądowej. Ustawodawca zdecydował się ograniczyć kontrolę sądową w zakresie, w jakim kognicji sądu podlegać miałyby okoliczność skorzystania z metod negocjacyjnych. Podkreślić należy, iż chodzi jedynie o sam fakt skorzystania z takich metod. Jak się wydaje, ma to na celu wykluczenie sporów sądowych dotyczących regulacji wyłącznie z uwagi na fakt jej negocjacyjnego ustanowienia. Jednocześnie pozostałe dozwolone prawnie formy kontroli są dopuszczalne zgodnie z obowiązującymi przepisami, a sam fakt negocjacyjnego ustanowienia nie przyznaje regulacji specjalnej ochrony (§ 570). Niewątpliwie jest to rozwiązanie zasadne, chroniące zarówno wartości partycypacyjne, jak i prawo do sądu oraz kontroli. W tym miejscu ukazuje się konsekwencja ustawodawcy w ochronie porządku prawnego. Z jednej strony uniemożliwia on podniesienie zarzutu wobec samego sposobu regulacji, co mogłoby łatwo niweczyć prace komitetu z uwagi np. na ich odformalizowany charakter, z drugiej jednak nie pozwala, aby ewentualne uchybienia legislacyjne ograniczały prawa uczestników obrotu prawnego, nawet jeśli w założeniu pochodzą od nich samych.

Na podstawie dotychczasowych rozważań *NRA* należy ocenić jako przykład konsekwentnej i spójnej legislacji. Poza kilkoma wskazanymi powyżej wyjątkami ustawodawca wykazał się roztropnością i szerokim spojrzeniem, a także konsekwencją w kreowaniu aktu, słusznie przewidując ewentualne problemy i starając się im zapobiec. Na gruncie normatywnym, za wyjątkiem wskazanych zarzutów, ustawa wydaje się przemyślana.

Poniżej postaram się zwięźle przybliżyć jej realne efekty i zastosowanie, a także skonfrontować swoje wnioski z rzeczywistością.

13. Wykorzystanie metody komitetów w praktyce

Poniżej zaprezentowane zostaną krótko dwa przykłady wykorzystania metody komitetów w praktyce. Pierwszy z nich dotyczy kwestii odnawiania licencji na zapyty wodne przez Federalną Komisję Regulacji Energetyki i co ciekawe, nie był klasycznym przykładem stanowienia regulacji. Komisja zdecydowała się wykorzystać metody deliberatywne z uwagi na niezwykle czasochłonną i drogą procedurę sugerowaną przez prawo. Przedstawiciele rządu, lokalnych środowisk, NGO oraz International Paper – firmy, która ubiegała się o odnowienie licencji, zasiedli w komitecie i osiągnęli porozumienie w czasie krótszym w stosunku do zwyczajowych procedur. Dodatkowo prace komitetu wpłynęły pozytywnie na społeczny odbiór firmy. Negatywny przykład wykorzystania metod *reg-neg* to kwestia *No Child Left Behind Act*²² mającego regulować problem nierówności edukacyjnych. Problem niezwykle istotny i szeroki doprowadził do utworzenia komitetu (mającego zająć się tylko częścią problematyki) o niezwykle szerokim składzie. Wystarczy wskazać przedstawicieli dzieci bezdomnych, o ograniczonych możliwościach językowych, dzieci imigrantów oraz szkół prywatnych, wydawców, organizacji edukacyjnych, pozostałych rodziców czy reprezentantów szeroko pojętego biznesu. Komitet nie tylko nie wypracował oczekiwanej regulacji, nie udało mu się w zasadzie przygotować żadnej rekomendacji w postulowanym zakresie²³.

Powyższe przykłady pokazują, jak istotne jest właściwe zastosowanie deliberatywnych metod we właściwie dobranej sprawie. Podczas gdy w sytuacji niepełnie oczywistej praca komitetu okazała się być niezwykle owocna, w kwestii o narodowym znaczeniu, dużo bardziej istotnej, negocjacje spełzły na niczym. Sytuację tę dobrze podsumowują słowa Mathew J. McKinney'a. Wskazuje on, iż negocjacyjne tworzenie regulacji nie jest lekiem na wszystkie bóle (jak mogłyby sugerować prace Philipa J. Hartera). Wymaga ono rozważnego stosowania, a jego cel jest szerszy niż wskazują na to zarzuty Coglianse'a, czyli przyspieszenie regulowania i ograniczenie sporów sądowych. W adekwatnych warunkach pozwala bowiem tworzyć lepsze regulacje i włączać obywateli w deliberatywny proces ich tworzenia. Wskazuje on także na przypadki rzeczywistego stosowania metod *reg-neg* z pominięciem oficjalnej procedury²⁴. Sytuacja ta kwestionuje skuteczność NRA w zakresie, w jakim uregulowanie tych procedur miało zachęcić agencje do szerszego ich wykorzystywania. Rzeczywiście przez ponad 20 lat ustanowiono niecałe sto komitetów, co nie wydaje się być wynikiem imponującym²⁵. Jak jednak wspomniano, celem niniejszego artykułu było

²² <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ110/html/PLAW-107publ110.htm>, 17.12.2016.

²³ P.H. Schuck, S. Kochevar, *Reg Neg Redux: The Career of a Procedural Reform* (2013), *Theoretical Inquiries in Law* 2014, 15, s. 441 i n., http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2330357, 17.12.2016.

²⁴ M.J. McKinney, *Negotiated Rulemaking: Involving Citizens in Public Decisions*, *Montana Law Review* 1999, 60, s. 11, 39–40, <http://scholarship.law.umt.edu/mlr/vol60/iss2/6>, 17.12.2016.

²⁵ H. Schuck, S. Kochevar, *op.cit.*, s. 439.

przedstawienie i analiza rozwiązań dotyczących komitetów, aby móc zastanowić się nad sensem i miejscem partycypacji w rodzimym porządku prawnym, a także potencjalnym wykorzystaniem funkcjonalnych rozwiązań. Z tego też względu, na zakończenie pracy, zamiast klasycznego podsumowania przedstawię kilka wniosków oraz potencjalnych kierunków debaty.

14. Zakończenie

Zwyczajowe streszczenie wniosków wydaje się być w tym miejscu niepotrzebne z wielu względów. Wystarczy wskazać chociażby na fakt, iż wiele z nich, w różnych kontekstach, zostało przywołanych kilkakrotnie. Warto natomiast ocenić użyteczność przedstawionej problematyki dla rodzimego dyskursu. Niewątpliwie istnieje wiele wartościowych opracowań dotyczących partycypacji, wiele analiz aktualnego jej poziomu w Polsce. Łączy je najczęściej wspólny wniosek, iż poziom partycypacji – czy to politycznej, czy obywatelskiej – jest niski, choć sytuacja ta z wolna zmienia się na lepsze. Można by podważać zasadność analizowania instytucji tak dogłębnie realizującej idee partycypacji, jednocześnie w systemie prawnym tak odległym od naszego. Uważam, że analiza i świadomość prawna w tym zakresie są potrzebne. Nie tylko pozwalają one na głębsze spojrzenie na partycypację, wskazując na konieczność szerszego jej ujmowania niż tylko poprzez referenda czy budżety obywatelskie²⁶. Według mnie pozwalają także uczyć się na błędach innych po to, aby w momencie, w którym poziom partycypacji wzrośnie dostatecznie, dysponować solidną, rozległą podstawą instytucji i propozycji pozwalających wdrożyć mniej lub bardziej intensywne mechanizmy partycypacyjne do porządku prawnego. Samemu tylko komentarzowi dotyczącemu wdrożenia rozwiązań deliberatywnych czy zaproponowanych w *NRA* można by poświęcić osobny artykuł, jeśli nie publikację. Dodatkowo dochodzi do tego problematyka komentowania oraz innych metod, takich jak ławy obywatelskie czy obywatelskie inicjatywy ustawodawczej. Ograniczę się zatem do bardzo ogólnych wniosków, które można wysnuć z analizy *NRA* i które mam nadzieję okażą się uniwersalne.

Poszukiwanie rozwiązań dotyczących zwiększenia udziału obywateli w procesie tworzenia norm nie powinno odbywać się bez nich. Należy dołożyć starań, aby uniknąć legislacyjnej pułapki polegającej na stworzeniu rozwiązań (regulacji prawnych) dotyczących partycypacji obywateli bez ich udziału w wypracowywaniu takich rozwiązań. Z drugiej strony koniecznym jest także uwzględnienie wiedzy eksperckiej. Z uwagi na brak adekwatnych rozwiązań w tym zakresie, odpowiednie wydaje się wypracowanie

²⁶ Być może zasadnym byłoby wdrożenie na szeroką skalę internetowych narzędzi komentowania, wykorzystując amerykański dorobek w tym zakresie w taki sposób, aby zminimalizować mankamenty tej metody. Zaletą takiej metody byłoby nie tylko umożliwienie dostępu do partycypacji szerokiemu gronu odbiorców, ale także jednoczesna promocja aktywności obywatelskiej wśród obywateli. Próby wdrożenia bardziej złożonych rozwiązań wymagałyby niewątpliwie lokalnej inkubacji, wiążąc się z wysokimi kosztami. Należy pamiętać, iż rzeczywista partycypacja wymaga zaangażowania i skłonności obywateli do poświęcenia swojego czasu na sprawy publiczne. Ponoszenie nakładów na wdrożenie złożonych mechanizmów partycypacji przy braku zaufania bądź zainteresowania obywateli, byłoby niegospodarne. Oczywiście są to tylko przypuszczenia, wymagające empirycznej weryfikacji.

próbnego modelu partycypacji i zweryfikowanie go w praktyce. Jednocześnie metoda prób i błędów, choć wydaje się być odpowiednia, napotyka trudność w stosowaniu jej w obrocie prawnym. Doktrynalne postulaty dotyczące negocyjacyjnego regulowania są niewątpliwie słuszne, jednak nawet najlepsi teoretycy nie są w stanie przewidzieć wszystkich potencjalnych zmiennych. Pod uwagę należy wziąć także tzw. problem inflacji legislacyjnej, pomimo bardzo liberalnego, niemalże cywilnoprawnego normowania, *NRA* bez wątpienia ograniczyło swobodę stosowania metod deliberatywnych z negatywnym dla nich skutkiem. Słuszne postulaty ustawodawcy nie odniosły spodziewanego zwycięstwa w starciu z administracyjną machiną.

Z tego też względu należy zacząć lokalnie, poprzez lepszą integrację społeczności i z uwagi na mniejszą wagę lokalnych regulacji, a jednocześnie większe zaangażowanie jednostek sprzyjające skutecznej partycypacji, co widać także na przykładzie komitetów odnoszących sukcesy. Rozwiązaniem wartym powielenia są dyrektywy dotyczące kontroli sądowej. Sam fakt „wykorzystania partycypacji” (zakładając oczywiście, iż będzie reprezentatywna) nie powinien podlegać kontroli, jednocześnie jej efekty powinny podlegać pod taki sam reżim kontroli, ale i ochrony, jak akty prawne tworzone na każdej innej legalnej drodze. To tutaj wydaje się istnieć najszerze pole do działań legislacyjnych. Ustalenie jasnych, nieuznaniowych kryteriów dla partycypacji, wraz z mechanizmami jej kontroli, akceptowane przez wszystkich uczestników, powinny być podstawą i początkiem rozważań nad ewentualnym rozszerzaniem skali partycypacji. Regulacje te powinny zapewniać także reprezentatywność i różnorodność podmiotów, zarówno w aspekcie siły czy wielkości grupy, ale także wiedzy merytorycznej. Ani eksperci, ani przedstawiciele lokalnej wiedzy nie powinni być faworyzowani. Merytoryczne przygotowanie i umiejętność współpracy są w niektórych przypadkach zbędne, w innych gwarantują wysoką jakość regulacji. Co więcej, partycypacja nie może być w prosty sposób nagradzana. Ekwiwalent finansowy za współuczestniczenie w tworzeniu wspólnoty nie powinien być dopuszczalny, poza określonymi przypadkami. Partycypowanie powinno być traktowane jako cel i nagroda sama w sobie dla świadomych i aktywnych obywateli. Konieczna jest także refleksja nad momentem i rodzajem stosowanej partycypacji. Jak wskazałem, nie każdy jej rodzaj będzie odpowiedni dla każdego zagadnienia. Im silniejsza i głębsza partycypacja, tym więcej warunków brzegowych musi zostać spełnionych, aby takie działania były skuteczne i efektywne. Z tego też względu na barkach doktryny i władzy oraz samej administracji, która przecież w efekcie staje się, a przynajmniej powinna, głównym beneficjentem tych działań, regulując łatwiej i otrzymując lepiej zinternalizowane regulacje, powinien spoczywać obowiązek promowania partycypacji czy szerzej – obywatelskości. Aby tego dokonać, warto poznać i poddać wnikliwej ocenie rozwiązania funkcjonujące w innych porządkach prawnych, w tym w Stanach Zjednoczonych, do czego, jak mam nadzieję, przyczynić mogą się również powyższe rozważania.

* * *

Committees of Negotiated Rulemaking – Analysis and Critics on Legal Regulations

This article presents one of the methods of public participation used in the American legal order – the method of negotiated rulemaking. It is presented on the example of the negotiated rulemaking committees introduced by the US legislator in the Negotiated Rulemaking Act of 1990. The author carries out the following stages of the procedure: it's creation, proceedings and effects. The stages of the procedure are analyzed and criticized. At the end of the article the author asks about the usefulness of presented considerations for the Polish legal order.

Key words: participation, negotiated rulemaking committee, public administration, rulemaking, American legal order

Jakub Krawczyk¹

Samorząd terytorialny jako publiczne prawo podmiotowe

Streszczenie:

Opracowanie zakłada analizę polskiego samorządu terytorialnego jako publicznego prawa podmiotowego. Zbadana zostanie konstrukcja prawa podmiotowego na gruncie teorii prawa oraz polskiego prawa publicznego, głównie administracyjnego, a także historyczne ujęcie przedmiotowej koncepcji. Konieczne będzie także zapoznanie się z różnymi znaczeniami publicznego prawa podmiotowego, tj. prawa, wolności, kompetencji. Poruszona zostanie również problematyka konstytucyjnego uregulowania praw podmiotowych. Następnie dokonane ustalenia zostaną przełożone na grunt polskiego samorządu terytorialnego, jego regulacji konstytucyjnej, ale też europejskiej. Kluczowe znaczenie będą mieć zasady decentralizacji oraz pomocniczości, a także pojęcie wspólnoty samorządowej i wynikające z nich konsekwencje dla przedmiotowej materii. Takie postępowanie pozwoli spojrzeć na polski samorząd terytorialny przez pryzmat publicznego prawa podmiotowego i określić, czy może on być za takie prawo uznany, a jeśli tak, to jakie jego cechy za tym przemawiają.

Słowa kluczowe: samorząd, prawo podmiotowe, prawo administracyjne, teoria prawa

1. Wstęp

Samorząd terytorialny jest przedmiotem wielu rozmaitych opracowań naukowych, nie tylko z zakresu prawa, lecz także innych dziedzin nauki. Mimo to nie udało się do tej pory wypracować jednej, akceptowalnej przez wszystkich przedstawicieli doktryny definicji tej instytucji. Już od okresu międzywojennego naukowcy prezentowali wiele

¹ Autor jest studentem V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, wiceprzewodniczącym Koła Naukowego Administratywistów UJ.

propozycji określenia charakteru prawnego samorządu terytorialnego, każdy kładł nacisk na inne elementy, w swojej ocenie ważniejsze dla całości konstrukcji, a zdarzali się i tacy, którzy spierali się co do istoty poszczególnych składowych².

Jak pisze Wiesław Kisiel, „samorząd terytorialny to społeczność lokalna, o demokratycznej organizacji wewnętrznej, która została przez ustawę wyodrębniona celem zdecentralizowanego wykonywania zadań z zakresu administracji publicznej, z prawem do korzystania z kompetencji charakterystycznych dla administracji publicznej”³.

Z punktu widzenia dalszych rozważań wymaga wyjaśnienia, iż ta społeczność lokalna zorganizowana jest na zasadzie korporacyjności, co obecnie nie budzi żadnych zastrzeżeń w doktrynie. Korporacja to z kolei zespół osób, którym łącznie przydana jest podmiotowość prawna, a więc określone uprawnienia i obowiązki⁴. Skoro temu zespołowi osób przyznawane są prawa, to rodzi się pytanie o to, czy utworzenie takiej konstrukcji ma podstawy konstytucyjne. Wszakże Konstytucja jest tym aktem prawnym, który daje podwaliny pod status jednostki w państwie, a prawa w niej zapewnione mają charakter publicznych praw podmiotowych, najlapidarniej ujmowanych przecież jako możliwość żądania przez poszczególne jednostki określonego zachowania ze strony państwa i dochodzenia go przed sądem.

W niniejszym opracowaniu podjęty zostanie wysiłek znalezienia odpowiedzi na pytanie, czy samorząd terytorialny może być rozumiany jako publiczne prawo podmiotowe.

2. Publiczne prawo podmiotowe w teorii prawa

W pierwszej chwili można odnieść wrażenie, że skoro członkostwo w samorządzie terytorialnym następuje *ex lege*, to trudno tu mówić o jakimś uprawnieniu poszczególnych jednostek. W doktrynie zwraca się uwagę, iż byt samorządu uzależniony jest od woli ustawodawcy, a członkowie wspólnoty samorządowej, będącej, co wyżej przedstawiono, immanentnym składnikiem definicji samorządu terytorialnego, nie mogą jej sami powołać ani rozwiązać⁵. Jednakże idea prawa podmiotowego nie musi sprowadzać się li tylko do powszechnego rozumienia terminu „uprawnienie”. Aby zbliżyć się do odpowiedzi na postawione wyżej pytanie, należy w pierwszej kolejności zapoznać się z konstrukcją publicznego prawa podmiotowego.

Jak wskazuje Wojciech Jakimowicz, prawo podmiotowe, jako konstrukcja dla prawnoustrojowej fundamentalna, jest traktowana jako jasna, oczywista i niewymagająca

² Doskonałym przykładem jest spór toczony przez Jerzego Panejkę oraz Tadeusza Bigo, którego osią była osobowość prawna samorządu terytorialnego. Pierwszy twierdził, iż samorząd taką osobowość może posiadać tylko i wyłącznie w sferze *dominium* i odmawiał mu jej w sferze *imperium*, gdyż jego zdaniem ułatwiałoby to potraktowanie samorządu jako tworu odrębnego od państwa. Takie podejście ułatwiło zwolennikom poglądów Panejki akceptację powojennych rad narodowych, których nie można uznać za samorząd. Bigo z kolei opowiadał się za przyznaniem osobowości prawnej zarówno w sferze *imperium* jak i *dominium*, ale jedynie tym podmiotom, które zorganizowane były na zasadzie korporacyjności.

³ W Kisiel [w:] *Prawo samorządu terytorialnego w Polsce*, red. W. Kisiel, Warszawa 2006, s. 24.

⁴ *Ibidem*, s. 26.

⁵ Z. Niewiadomski [w:] *Zarys ustroju administracji lokalnej Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z. Niewiadomski, J. Szreniawski, Lublin 1991, s. 30.

wyjaśnień⁶. Zwraca się także uwagę, iż w polskiej dogmatyce prawa publicznego, a głównie administracyjnego, do konstrukcji praw podmiotowych nie przywiązuje się takiego znaczenia, jak to się czyni w prawie cywilnym⁷. Jako że kwestia definicji praw podmiotowych mieści się bez wątpienia w sferze teoretycznoprawnej aniżeli dogmatycznoprawnej, należy rozważania poprzedzić krótkim wstępem teoretycznym.

2.1. Prawo podmiotowe w prawoznawstwie i w historii prawa

W teorii prawa częstokroć podkreśla się, że termin „prawo” w języku prawnym najczęściej występuje na ogół jako składnik bardziej złożonych wyrażen lingwistycznych, których najpopularniejszym jest wyrażenie „A ma prawo”⁸. To wyrażenie z kolei może posiadać wiele znaczeń. I tak, Zygmunt Ziemiński tłumaczy wyrażenie „A ma prawo” w m.in. następujący sposób:

- prawo jako wolność – przedmiotem praw są zachowania ani prawnie nakazane ani też prawnie zakazane,
- prawo jako uprawnienie – oznacza to, że ze względu na normę prawną, A ma prawo otrzymać świadczenie od B, przy czym to świadczenie polegać może na działaniu i na zaniechaniu; więcej, przyjęcie tego świadczenia jest dla A indyferentne prawnie, jakkolwiek mogą istnieć normy, które nakazują mu jego przyjęcie,
- prawo jako kompetencja – to sytuacja, w której podmiotowi B norma prawna nakazuje określone zachowania wobec A, gdy A dokona określonej czynności konwencjonalnej, która zaktualizuje obowiązek wynikający z kompetencji przyznanej B⁹.

Z analizy powyższej wynika, że prawo podmiotowe co do zasady jest konstrukcją trójelementową. Występują w niej bowiem podmioty: „uprawniony” (A) i „zobowiązany” (B) oraz przedmiot, czyli jakieś zachowanie. Wskazuje ona również jak wieloznacznie może być ujmowane określenie „mieć prawo”.

Kazimierz Opalek z kolei, autor pierwszej powojennej monografii dotyczącej praw podmiotowych, określa je jako powiązania normatywne oparte na woli zbiorowej, zdeterminowanej przez obiektywną sytuację danej zbiorowości, ukierunkowanej przez jej interesy¹⁰.

Dla określenia prawa podmiotowego może być przydatna także analiza historycznoprawna, jako że koncepcje wytworzone w ciągu ostatnich kilkuset lat nie pozostały obojętne dla współczesnej teorii prawa. W historii prawa najpowszechniejsze są dwie teorie dotyczące przedmiotowego zagadnienia, obie wypracowane na gruncie nauki niemieckiej. Pierwsza z nich, zwana teorią woli, opracowana została przez Friedricha Carla von Savigny’ego. Według niego, państwo wyposażało obywateli w część swojej mocy, w ten sposób dając im możliwość aktywnego występowania wobec osób trzecich,

⁶ W. Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe*, Kraków 2002, s. 29.

⁷ A. Wróbel [w:] *System prawa administracyjnego*, t. I, red. R. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadomski, Warszawa 2015, s. 329.

⁸ S. Wronkowska, *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, Poznań 1973, s. 25.

⁹ Por. Z. Ziemiński, *Logiczne podstawy prawoznawstwa: wybrane zagadnienia*, Warszawa 1966, s. 106–114.

¹⁰ K. Opalek, *Prawo podmiotowe: studium z teorii prawa*, Warszawa 1957, s. 68, cyt. za: J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016, s. 360.

tj. posiadania wobec tych osób trzech określonych praw podmiotowych¹¹. Ogromny nacisk przywiązywał Savigny do władztwa woli, które w jego mniemaniu pozwala narzucić innym podmiotom określone sposoby postępowania. To właśnie wola jest czynnikiem sprawczym umożliwiającym korzystanie z praw¹². Druga, określana mianem teorii interesu, powstała w kontrze do teorii woli, a za jej naczelnego reprezentanta można uznać Rudolfa von Iheringa. Uznawał on wolę za coś abstrakcyjnego, niemogącego wpływać na kontakty między podmiotami. Więcej, jak zauważał, państwo może wyposażać jednostki w takie uprawnienia, których one się nie domagają i nie mają woli stać się ich podmiotami, a mimo to się nimi stają¹³. Ihering definiował więc prawo podmiotowe jako interes, któremu prawo przyznaje ochronę. W jego ujęciu prawo podmiotowe miało zabezpieczać interesy obywateli i służyć zaspokojeniu ich potrzeb.

Jak nietrudno się domyślić, obydwie teorie znalazły zarówno swoich zwolenników, jak i przeciwników. Podejmowano próby łączenia podstawowych założeń powyższych koncepcji, co doprowadziło do powstania tzw. teorii kompromisowych. Wszystkie one miały wielki wpływ na wykształcenie się klasycznych teorii praw podmiotowych. Z punktu widzenia dalszych rozważań, najdonioślejsze znaczenie będzie mieć właśnie jedna z koncepcji klasycznych prawa podmiotowego – wysunięta przez niemieckiego teoretyka prawa Georga Jellinka – teoria statusu.

Przedmiotem tej teorii jest formalna struktura pozycji prawnej jednostki wobec państwa¹⁴. Status, będący źródłem praw podmiotowych, a definiowany jako swoista relacja jednostki z państwem, Jellinek dzielił na cztery kategorie. Mamy więc status pasywny, który polega na możliwości nakładania na jednostkę przez państwo nakazów i zakazów, obowiązku podporządkowania się im. W logicznym stosunku sprzeczności ze statusem pasywnym znajduje się status negatywny, dotyczący sfery wolności jednostki. Wszystkie więc zachowania, których państwo ani nie nakazuje, ani nie zakazuje, będą znajdowały się w obszarze jej indywidualnej swobody. Wobec tego nie będą one mogły kształtować relacji państwo – jednostka, dla tego pierwszego pozostaną bez znaczenia. Status pozytywny z kolei opiera się na wyposażeniu jednostek w zdolność prawną, dzięki której mogą one żądać od państwa określonych zachowań. Wreszcie wyróżniony został status aktywny, który określa te zdolności jednostek umożliwiające im uczestniczenie w państwie.

Trudno byłoby także poruszać tematykę praw podmiotowych publicznych bez przypomnienia klasycznej formuły teoretycznej stworzonej przez Edmunda Bernatzika, znanej jako triada Bernatzika. Autor ten, celem opisanego interakcji między jednostką a administracją publiczną, wyróżnił trzy jej metody: interes faktyczny, interes prawny oraz roszczenie prawne, które jest ściśle powiązane z publicznym prawem podmiotowym¹⁵.

¹¹ W. Jakimowicz, *op.cit.*, s. 33.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ A. Wróbel, *op.cit.*, s. 345.

¹⁵ Należy bowiem zaakcentować, iż na gruncie prawa publicznego, w tym szczególnie administracyjnego, roszczenie jest konstrukcją inną niż ta występująca w prawie prywatnym. Podkreśla się, że o ile prawo podmiotowe prywatne bez roszczenia może istnieć, o tyle prawo podmiotowe publiczne bez

Na zakończenie tej części rozważań można postawić pytanie: czy wobec takich rozbieżności definicyjnych, używanie terminu prawa podmiotowego ma sens? Wypada bowiem uznać, że dzięki tak szerokim możliwościom określania przedmiotowego zagadnienia, można jego znaczenie dostosować do aktualnych potrzeb, co czyniłoby z prawa podmiotowego jedynie slogan. Slogan ten jednak w dalszym ciągu daje do zrozumienia, że jego przedmiot posiada gwarancje prawne, częstokroć o randze konstytucyjnej.

2.2. Konstytucyjne uregulowanie praw podmiotowych

Polski porządek prawny bez wątpienia można określić jako należący do konglomeratu prawa stanowionego, gdzie prymat przyznaje się tym aktom prawnym, które zostały uchwalone przez człowieka lub demokratycznie wybraną reprezentację grupy ludzi. Konstytucja RP daje jednak do zrozumienia, chociażby w tekście Preambuły, iż wartości prawnonaturalne nie pozostały polskiemu ustrojodawcy obojętne. Ustawa zasadnicza bowiem, jako podstawowy akt regulujący status jednostki w państwie, ale też względem państwa, niewątpliwie zawiera w sobie tego typu konstrukcje, które właśnie z tej racji powszechnie uznaje się za publiczne prawa podmiotowe, o czym była już wcześniej mowa. Przyjęcie więc, że ich źródłem jest wyłącznie prawo stanowione, zaprzeczałoby ich idei, jednakże, aby wywoływały one skutki prawne, muszą być w tym prawie stanowionym zawarte, niejako przez nie potwierdzone¹⁶. Konstytucja jest aktem pierwszorzędny dla analizowanej problematyki, mimo że, ze względu na swoje miejsce w hierarchii aktów prawnych, zawiera postanowienia o dużym stopniu ogólności. Jednakże wyznaczają one kierunek konstruowania kolejnych praw podmiotowych na niższych szczeblach tejże hierarchii, a z drugiej strony gwarantują ich nienaruszalność¹⁷.

W redakcji polskiej Konstytucji uderzające jest przede wszystkim wielokrotne używanie określenia „prawo”, wykraczające poza rozdział II, który wydawać by się mogło powinien w całości wyczerpywać problematykę wolności i praw. Nie ograniczają się więc one do określania li tylko sytuacji obywatela (jednostki) względem państwa, mogą dotyczyć także bardziej zorganizowanych struktur¹⁸. W kontekście tego stosunkowego rozproszenia konstytucyjnych praw warto przywołać poglądy Piotra Tulei odnośnie możliwości wyznaczania ich granic. Twierdzi on mianowicie, iż treść konstytucyjnych praw podmiotowych nie może być ustalona w sposób definitywny, a jedynie *prima facie*, a ich ostateczne znaczenie może być wywiedzione dopiero po rozstrzygnięciu kolizji analizowanego prawa z innym gwarantowanymi przez ustawę zasadniczą uprawnieniami¹⁹.

możliwości żądania od podmiotu zobowiązanego określonego zachowania traci całkowicie znaczenie i przejdzie do kategorii interesu prawnego. Roszczenie będzie więc immanentną częścią prawa podmiotowego publicznego, ale nie powinno być z nim utożsamiane. Więcej na ten temat patrz W. Jakimowicz, *op.cit.*, s. 220–222.

¹⁶ Por. W. Jakimowicz, *op.cit.*, s. 176.

¹⁷ *Ibidem*, s. 177.

¹⁸ Dobrym przykładem będzie zawarte w art. 168 Konstytucji prawo jednostki samorządu terytorialnego do ustalania wysokości podatków i opłat lokalnych lub prawo tychże jednostek do zrzeszania się określone w art. 172.

¹⁹ P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003, s. 147.

2.3. Prawo podmiotowe publiczne – idea

Prawo podmiotowe publicznie, jak już dość intuicyjnie można odczuć, nie będzie tym samym co prawo podmiotowe na gruncie prawa prywatnego. Jest to efektem nierównorzędności podmiotów stosunku publicznoprawnego, w którym organy administracji publicznej zawsze będą na pozycji silniejszej niż jednostka. Ich celem jest złagodzenie tej nierównorzędności²⁰.

Mając to na uwadze można spróbować dokonać syntezy powyższych rozważań i przyjąć definicję publicznego prawa podmiotowego. Mianem tym można więc określać takie sytuacje, w których norma prawa naturalnego potwierdzona przez ustawodawcę w prawie stanowionym zaliczanym do gałęzi prawa publicznego (a więc konstytucyjnego lub administracyjnego) przydaje podmiotom tego prawa²¹ możliwość skutecznego kierowania do podmiotu prawa publicznego żądania określonego zachowania i podmiot ten nie może się przed spełnieniem tego żądania uchylić, co zabezpieczone jest ich sądową ochroną. Pozycja uprawnionego jest więc korzystniejsza niż pozycja zobowiązanego. Są to prawa o charakterze osobistym i niezbywalnym. Ich podział przebiega wedle kryterium treści na prawa pozytywne i negatywne²².

3. Samorząd terytorialny jako publiczne prawo podmiotowe?

Mając na uwadze wszystkie uczynione powyżej ustalenia, należy wreszcie pochylić się nad celem tego artykułu, tj. kwalifikacją samorządu terytorialnego jako publicznego prawa podmiotowego. Dla tak postawionego problemu doniosłe znaczenie będzie mieć analiza dwóch kwestii: członkostwa we wspólnocie samorządowej oraz zagadnienia konstytucyjnej regulacji samorządu terytorialnego.

Bodaj kluczowe znaczenie dla charakteru prawnego samorządu ma tworząca go z mocy prawa społeczność lokalna, korporacja, zwana w Konstytucji²³, ale też w ustawach samorządowych, wspólnotą²⁴. Akty te dają jasno do zrozumienia, że jedynym kryterium przynależności do wspólnoty jest miejsce stałego zamieszkania, a to ustala się w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego²⁵. Żadne inne kryterium nie zostało przewidziane dla nabycia członkostwa we wspólnocie samorządowej. Jest ono więc

²⁰ Por. J. Zimmermann, *op.cit.*, s. 363.

²¹ Pozornie wydaje się, że z celu istnienia publicznych praw podmiotowych, jakim jest równoważenie stosunku publicznoprawnego, podmiotami tych praw mogą być jedynie jednostki pozostające poza sferą administracji. Jednakże jest do pomyślenia, aby przydać takie uprawnienia państwu. Ono bowiem, jako powstające z woli obywateli, którzy przekazują mu, zgodnie z teorią umowy społecznej, część swoich praw, posiada podmiotowość publicznoprawną (mimo że ten fakt był osią doktrynalnych sporów). Co więcej, w celu zapewnienia tym obywatelom ochrony, państwo musi być wyposażone w określone instrumenty prawne i do takich można by było zaliczyć publiczne prawa podmiotowe. Więcej na ten temat patrz W. Jakimowicz, *op.cit.*, s. 194–218.

²² J. Zimmermann, *op.cit.*

²³ Art. 16 ust. 1.

²⁴ Art. 1 ustawy o samorządzie gminnym, art. 1 ustawy o samorządzie powiatowym i art. 1 ustawy o samorządzie województwa.

²⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 459).

obligatoryjne i powszechne, niezależne od woli poszczególnych jednostek. Co więcej, nikt nie może mocą własnego oświadczenia woli przystąpić albo wystąpić ze wspólnoty, nikt nie może być też do niej włączony lub z niej wykluczony na podstawie decyzji innego podmiotu²⁶.

Takie rozumowanie jest zgodne z ujęciem publicznych praw podmiotowych jako osobistych, niezbywalnych i niepodlegających sukcesji. W doktrynie wskazuje się również, że członkowie wspólnoty samorządowej nie mają obowiązku aktywnego uczestniczenia w życiu publicznym społeczności lokalnej, a jest to jedynie ich prawo. Bierność nie powoduje wykluczenia ze wspólnoty²⁷. Jest to zbieżne z ujmowaniem praw publicznych podmiotowych jako obiektywnych w ogólności, jednak w fazie realizacji – subiektywnych, gdyż brak jest przymusu ich wykonywania, *ergo* mają one mieć charakter jedynie potencjalny²⁸.

Jeśli chodzi o ujęcie teoretycznoprawne, to prawu do samorządu terytorialnego najbliższym jest w moim odczuciu do teorii statusu Georga Jellinka. Jeżeli bowiem statusem jest relacja jednostki z państwem, to bycie członkiem wspólnoty samorządowej, a przez to samorządu terytorialnego, niewątpliwie tę relację kształtuje. Nawet z językowego punktu widzenia możemy mówić o statusie członka wspólnoty. Jeżeli podjąć próby zakwalifikowania tego stanu do którejś z kategorii przedstawionych przez Jellinka, to z pewnością można prawo do samorządu terytorialnego uznać za status pozytywny, gdyż zarówno jednostki, jak i wspólnoty samorządowe, wyposażone są w zdolność prawną, dzięki której mogą od państwa żądać określonych zachowań oraz status aktywny, ponieważ taka konstrukcja umożliwia jednostkom uczestniczenie w państwie. Jako problematyczne należy uznać zakwalifikowanie samorządu terytorialnego jako statusu negatywnego lub pasywnego. Pamiętać bowiem należy, iż stany te pozostają względem siebie w logicznym stosunku sprzeczności, tak więc wypełniają uniwersum w całości w ten sposób, iż nie ma stanu, który jednocześnie byłby i negatywny, i pasywny lub nie należał do żadnej z tych kategorii. Przyjmuję, że nie może to być status negatywny, gdyż nie postrzegamy samorządu terytorialnego w kategoriach wolności, choćby ze względu na obligatoryjny udział we wspólnocie. Wobec powyższego członkostwo w samorządzie terytorialnym byłoby postrzegane jako status pasywny. Jeżeli osadza się on na podporządkowaniu jednostki państwu i wypływającym z tego nakazom i zakazom, których adresatem jest ta jednostka, to można założyć, iż ustawodawca, poprzez obligatoryjność uczestnictwa we wspólnocie samorządowej, kieruje nakaz uczestniczenia w samorządzie terytorialnym. Nie można bowiem formułować tezy o braku podporządkowania wspólnot samorządowych państwu. Byłoby to nadużycie i wypaczenie zasady decentralizacji władzy publicznej²⁹. Polski samorząd terytorialny nie może być postrzegany w kategoriach autonomii lokalnej. Wykonuje on administrację państwową, musi więc być z tym

²⁶ E. Olejniczak-Szałowska, *Członkostwo wspólnoty samorządowej*, Samorząd terytorialny 1996, nr 5, s. 8.

²⁷ Z. Niewiadomski, *op.cit.*, s. 31.

²⁸ Tak J. Boć, A. Błaś [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010, s. 520 i za nimi J. Zimmermann, *op.cit.*, s. 363.

²⁹ Stałoby to również w sprzeczności z art. 3 Konstytucji RP.

ostatnim powiązany³⁰. Szkopuł może polegać jedynie na tym, iż nakaz kojarzy się z obowiązkiem jakiegoś działania tudzież powstrzymywania się od niego, niedochodzenie którego spowoduje zastosowanie jakiś sankcji. W analizowanym przypadku, o czym była już mowa, jednostka nie ponosi negatywnych konsekwencji swojej bierności, braku działania we wspólnocie samorządowej.

Warto także pochylić się nad koncepcją Iheringa. Skoro bowiem autor ów twierdzi, że państwo może nadawać prawa nawet w sytuacjach, gdy obywatele się ich nie domagają, to stanowiłoby to świetny kontrargument wobec przymusowości uczestnictwa w samorządzie terytorialnym. Jeżeli bowiem przynależność do wspólnoty samorządowej jest powszechna i obligatoryjna, to trudno mówić o tym, aby wola jednostek odnośnie bycia podmiotami takiego prawa była w tym względzie relewantna. Mimo to teoria interesu zakłada, że można mówić o prawie podmiotowym jeżeli tylko zaspokajane są ludzkie potrzeby i realizowany interes obywateli, a m.in. dla obydwu tych celów powołany został samorząd terytorialny³¹.

Wreszcie można doszukiwać się teoretycznoprawnego potwierdzenia tezy postawionej w temacie opracowania w monografii Kazimierza Opałka, który oparcia dla praw podmiotowych poszukiwał w zbiorowościach ludzkich³². Jak wyżej wspomniano, uczony ten zakładał, iż prawo to jest efektem działania woli grupy jednostek, które ze względu na sytuację, w jakiej się znalazły, są ukierunkowane na zabezpieczenie swoich interesów. Ponownie można stwierdzić, iż takie ujęcie zbiorowości można przełożyć na grupę jednostek, które celem wykonywania władzy publicznej, która ma za zadanie spełnienie ich potrzeb, a przez to realizację poszczególnych interesów, zostały zorganizowane we wspólnotę samorządową, która to z kolei takim spełnianiem potrzeb zajmuje się jako samorząd terytorialny.

Jeśli chodzi o treść publicznego prawa podmiotowego do samorządu terytorialnego, to można je uznać za prawo pozytywne polegające na żądaniu udziału w działaniach państwa³³. Pozytywne, gdyż podmiot będący zobowiązanym z jego tytułu – w tym przypadku ustawodawca – musi gwarantować możliwość powstania wspólnoty samorządowej, która – przez wzgląd na decentralizację i pomocniczość – bierze czynny udział w wykonywaniu władzy publicznej, o czym świadczą zresztą wypowiedzi ustrojodawcy: „samorząd terytorialny uczestniczy w sprawowaniu władzy publicznej. Przysługującą mu w ramach ustaw istotną część zadań publicznych samorząd wykonuje w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność”³⁴. Prawo to w takim ujęciu polegać

³⁰ Potwierdza to zastosowanie środków nadzoru prawnego państwa wobec samorządu oraz narzędzi o charakterze finansowym.

³¹ Fakt realizacji interesów jednostkowych jest, zdaniem autora niniejszego opracowania, niezaprzeczalny, gdyż składają się one na interes publiczny, o czym niżej.

³² Trzeba tu jednak poczynić zastrzeżenie, iż Opałek był przeciwnikiem konstrukcji praw podmiotowych, jako twórców burżuazyjnych, nieprzystających do rzeczywistości socjalistycznej. Postulował on zarzucenie koncepcji praw podmiotowych na rzecz korzystania z „uprawnienia”, a uzasadnienie swego stanowiska czerpał, ze względu na realia w jakich przyszło mu prowadzić badania, m.in. z prac Józefa Stalina.

³³ Ten „podgatunek” pozytywnego prawa podmiotowego publicznego wprowadził M. Kulesza [w:] *Materiały do nauki prawa administracyjnego*, red. M. Kulesza, Warszawa 1985, s. 233–234.

³⁴ Art. 16 ust. 2 Konstytucji RP.

może na braniu udziału członków wspólnoty w procesie decyzyjnym dotyczącym spraw lokalnych lub na współdziałaniu z właściwymi organami³⁵. *A contrario*, można temu prawu przyznać i treść negatywną, gdyż w raz zagwarantowany samorząd ustawodawca nie powinien ingerować w taki sposób, który ograniczyłby go w jakimkolwiek stopniu.

Warto zaznaczyć, iż samorząd terytorialny nie może być utożsamiany z – wydaje się dużo bardziej popularnym w języku prawnym – określeniem „jednostka samorządu terytorialnego”. Jednostka bowiem, składając się z elementu podmiotowego – wspólnoty, opiera się również na elemencie przedmiotowym – terenie, na którym ta wspólnota przebywa, a dla określenia którego kluczowe znaczenie ma wprowadzony ustawą z dnia 24 lipca 1998 r. o wprowadzeniu zasadniczego trójstopniowego podziału terytorialnego państwa³⁶ podział na gminy, powiaty i województwa samorządowe.

Problemem, jaki pojawia się w tym miejscu, jest zagadnienie ochrony sądowej przysługującej wspólnocie samorządowej, a raczej jej braku, bowiem ta jest przydana tylko jednostce samorządu terytorialnego. Jak jednak wskazano powyżej, wspólnota jest elementem konstytuującym jednostkę samorządu terytorialnego, bez której ona nie może istnieć. Wspólnota zaś może korzystać z jedynie z ochrony wyborczej i referendalnej, co uznać należy za przejaw niedoregulowania tej materii. Gdyby jednak ustawodawca odmawiał jednostkom możliwości udziału w samorządzie terytorialnym, to jest do pomyślenia skorzystanie przez nie ze skargi konstytucyjnej do Trybunału Konstytucyjnego na zasadzie art. 79 ust. 1 Konstytucji RP albo przynajmniej wystąpienia do Rzecznika Praw Obywatelskich na podstawie art. 80 Konstytucji.

We wstępie zwrócono uwagę, iż wszelkie prawa zamieszczone w Konstytucji mają charakter publicznych praw podmiotowych. Rozważmy więc konstytucyjną regulację samorządu terytorialnego i jej sens.

Samorząd terytorialny w kształcie, jaki znamy obecnie, sięga korzeniami wieku XIX, kiedy to na skutek publicznych wystąpień i rewolucji zapoczątkowany został proces upodmiotowienia jednostek, objawiający się w nadawaniu im coraz to nowych praw i wolności, niejednokrotnie gwarantowanych przez nowe akty prawne o charakterze ogólnoustrojowym – konstytucje. Poddani przeistoczyli się w obywateli i umożliwiono im tworzenie korporacji właśnie, które mogły sprawować władzę wraz z rządem. Wówczas też powstaje nowoczesna administracja publiczna, kierująca się zasadami decentralizacji oraz pomocniczości. Obie zasady są wymienione w tekście Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r., odpowiednio w art. 15 ust. 1 oraz w Preambule. Zasada pomocniczości występuje także w art. 4 ust. 3 Europejskiej Karty Samorządu Lokalnego³⁷. Analiza przywoływanych przepisów, która wykracza poza ramy niniejszego opracowania, pozwala na stwierdzenie, że zasady powyższe są podstawą organizacji naszego państwa, a samorząd terytorialny jest ich wyrazicielem, *ergo* elementem dla tej organizacji fundamentalnym. Jeżeli więc istnienie samorządu terytorialnego ma wpływać na strukturę państwa, to jego egzystencja powinna mieć jak najbardziej konstytucyjnie ugruntowane podstawy.

³⁵ Por. E. Olejniczak-Szałowska, *op.cit.*, s. 9.

³⁶ Dz.U. z 1998, Nr 96, poz. 603.

³⁷ Dz.U. z 1994, Nr 124, poz. 607.

Dla tak zarysowanej problematyki warto jest również wspomnieć Światowej Deklaracji Samorządu Lokalnego, uchwalonej na 27. Światowym Kongresie Międzynarodowego Związku Władz Lokalnych w dniach 22–26 września 1985 r. w Rio de Janeiro, która w art. 1 oraz art. 3 ust. 3 przewiduje konieczność regulacji materii dotyczącej samorządu terytorialnego w konstytucjach poszczególnych państw.

Z Europejskiej Karty Samorządu Lokalnego wynikają dalsze konsekwencje dla analizowanego przez nas obszaru. Po pierwsze, klauzula korporacyjna zawarta w jej art. 3 ust. 1 dająca do zrozumienia, że samorząd terytorialny nie jest jedynie administracją publiczną, lecz działa także w imieniu i interesie mieszkańców. Można podnieść zarzut, że publiczne prawo podmiotowe powinno chronić jedynie interes indywidualny. Ja jednak uważam, że między interesem ogółu mieszkańców a interesem indywidualnym nie może być sprzeczności, gdyż interes wspólnoty będzie zawsze co do zasady wypadkową interesów indywidualnych, interesy indywidualne łączą się w nim dla osiągnięcia wspólnego dobra. Po drugie, sformułowane w jej preambule stwierdzenie że „prawo obywateli do uczestnictwa w kierowaniu sprawami publicznymi jest jedną z demokratycznych zasad, wspólnych dla wszystkich państw członkowskich Rady Europy” może być poczytywane jako wprost wyrażone publiczne prawo podmiotowe obywateli państw-sygnatariuszy Karty do samorządu lokalnego i w tym kontekście należy odczytywać wspomniany już art. 3 ust. 1³⁸.

Powyższe wiąże się z zagadnieniem uzasadniania publicznych praw podmiotowych. Jak wskazuje Andrzej Wróbel, proces ten może przybierać dwie formy – wewnętrzną oraz zewnętrzną³⁹. Przykładem uzasadnienia wewnętrznego będzie potrzeba wywiązania się państwa z zobowiązań międzynarodowych, wynikających m.in. z ratyfikowanych umów międzynarodowych. EKSL jest przykładem takiej umowy, więc jeśli przyjąć, iż zawiera ona publiczne prawo podmiotowe do samorządu lokalnego, to musi ono być z całą mocą respektowane przez krajowego prawodawcę. Uzasadnienie zewnętrzne z kolei opiera się na aksjologii danych społeczeństw. Prawa takie będą więc oparte o obiektywne wartości moralne lub społeczne, m.in. zaspokajania podstawowych potrzeb i demokracji. Bez wątpienia Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, a zaspokajanie potrzeb społeczności lokalnych odbywa się w drodze samorządu, co wynika z kolei z zasady pomocniczości.

Pozostając na gruncie uregulowań europejskich, warto wspomnieć także o rekomendacji Rec(2001)19 Komitetu Ministrów Rady Europy z 6 grudnia 2001 r., która dotyczy udziału obywateli w życiu publicznym na szczeblu lokalnym. Stwierdza się w nim wprost, iż demokracja osadza się na obywatelskim udziale i zaangażowaniu, a obywatele – świadomi swoich praw i obowiązków – stanowią siłę napędową każdego systemu demokratycznego, zaś demokracja lokalna stanowi najważniejszy element demokracji. Z tych względów Komitet rekomenduje rządowi państw członkowskich Rady przyjęcie takiej polityki, która tworzyłaby podstawy pod udział obywateli w lokalnym życiu publicznym oraz promowała je, opierając się na postanowieniach m.in. EKSL. Mimo że rekomendację

³⁸ Podobnie I. Skrzydło-Niżnik, *Ochrona publicznych praw podmiotowych obywateli a instytucja Naczelnego Sądu Administracyjnego*, CASUS 1997, nr 5, s. XIV.

³⁹ A. Wróbel, *op.cit.*, s. 349–350.

tę można zaliczyć do tzw. *soft law*, to wyznacza ona pewien kierunek interpretacji. Mianowicie nacisk nałożony na partycypację obywateli, jej powiązanie z zasadami demokracji oraz ogólny postulat skierowany do państw członkowskich w połączeniu z odwołaniem do EKSL oraz zasadą subsydiarności, która niewątpliwie jest żywa w przedmiotowym dokumencie, można stwierdzić, iż nadanie samorządowi terytorialnemu rangi publicznego prawa podmiotowego jest, w kontekście aktów Rady Europy, jak najbardziej uprawnione.

Wywiedziono, że samorząd terytorialny, jako forma organizacji państwa, jest uregulowany przede wszystkim w akcie stojącym na szczycie hierarchii źródeł prawa, Konstytucji. Jeżeli chcemy uzasadnić pogląd, że stanowi on prawo publiczne podmiotowe, to należy oprzeć argumentację na tzw. teoriach praw konstytucyjnych⁴⁰, gdyż wówczas takie publiczne prawo podmiotowe, ze względu na miejsce występowania, będzie można z całą stanowczością uznać za prawo konstytucyjne. Jedną z takich teorii jest teoria demokratyczno-funkcjonalna, która skupia się na interpretowaniu praw w kontekście ich funkcji politycznych. Celem demokratycznego państwa prawnego jest bowiem takie zorganizowanie procesów decyzyjnych, aby realizowany był interes jednostek oraz interes publiczny, a prawa konstytucyjne mają być tego gwarantem. Czymże innym jest samorząd terytorialny? Jak podkreśla wielokrotnie już cytowany Wojciech Jakimowicz, współczesna nauka prawa, mówiąc o relacji jednostka-państwo, wyróżnia prawa człowieka, prawa obywatelskie oraz prawa podstawowe. O ile pierwsze wynikają z przyrodzonej godności ludzkiej, a drugie dotyczą jedynie obywateli danego państwa, to prawa podstawowe, gwarantowane konstytucyjnie, mogą przysługiwać tylko obywatelom lub wszystkim podmiotom podległym władzy państwa, są więc kategorią niejako pośrednią i to dwojakiego znaczenia: nie tylko określają sam status jednostki w państwie, ale mogą również charakteryzować jego ustrój polityczny i ekonomiczny⁴¹. Powyższe uwagi w dobry sposób oddają ideę samorządu terytorialnego, zwłaszcza postrzeganą przez pryzmat konstytucyjnych zasad decentralizacji i pomocniczości. Można więc uznać go za prawo.

4. Podsumowanie

Podsumowując ogół rozważań nie należy stwierdzeniu, iż samorząd terytorialny jest prawem publicznym podmiotowym, całkowicie odmówić racji. Można go bowiem uzasadniać tak jak inne takie prawa, posiada on również ich cechy. Konieczność uznania za taką instytucję wynika nie tylko z rodzimej regulacji konstytucyjnej⁴², ale także

⁴⁰ Więcej o teoriach praw konstytucyjnych pisze A. Wróbel, *op.cit.*, s. 362–364.

⁴¹ W. Jakimowicz, *op.cit.*, s. 76–77.

⁴² Konstytucja RP co prawda nie zawiera *expressis verbis* przyznania obywatelom prawa do samorządu terytorialnego, jak to czyni np. konstytucja Chorwacji z 22 grudnia 1990 r. w swoim art. 132 („Obywatelom gwarantuje się prawo do samorządu lokalnego i okręgowego [regionalnego]. Prawo do samorządu terytorialnego realizuje się poprzez lokalne, okręgowe [regionalne] organy przedstawicielskie, złożone z członków wybranych w wolnych wyborach i w głosowaniu tajnym na podstawie bezpośredniego, równego i powszechnego prawa wyborczego. Obywatele mogą bezpośrednio uczestniczyć w zarządzaniu sprawami lokalnymi poprzez zgromadzenia, referenda i inne formy bezpośredniego decydowania, zgodnie z ustawą i statutem”), jednak – jak zostało wykazane – istnieją solidne podstawy do jego wywodzenia z przepisów naszej ustawy zasadniczej.

z aktów europejskich, zarówno *hard law* jak i *soft law*. Podstaw można szukać także w prawoznawstwie, a nawet w historii doktryn prawnych, co gwarantuje niezwykle szerokie spektrum poglądów w tej materii, mimo że inaczej taką konstrukcję interpretujących. Kluczowe znaczenie dla postrzegania samorządu terytorialnego przez pryzmat publicznego prawa podmiotowego mają bez wątpienia zasady decentralizacji i pomocniczości, organizujące wewnętrzną strukturę państwa. Jednostki, uformowane we wspólnotę samorządową na podstawie konstytucyjnie określonych więzów o charakterze społecznym, gospodarczym i kulturowym⁴³, muszą mieć możliwość tworzenia samorządu terytorialnego, jako że na wyżej wymienionych zasadach biorą one wówczas udział w sprawowaniu władzy publicznej i zaspokajają swoje potrzeby. Realizowany więc jest interes wspólnoty, będący w istocie wypadkową interesów indywidualnych poszczególnych jednostek. To przesądza o tym, że istnienie samorządu wpływa na status jednostki w państwie, jest więc zasadnie uregulowane w Konstytucji, a przez to można mu nadać charakter publicznego prawa podmiotowego.

* * *

Territorial Self-Government as a Public Right

The elaboration provides analysis of Polish territorial self-government as a public right. The research will consider the notion of right in theory of law and some historical view over it. It will be necessary to analyze the public right in the concept of right, liberty and competence. The constitutional roots of public rights will be undertaken as well. Those findings will be applied to European and Polish regulations of territorial self-government, where the crucial issues are the principle of decentralization and subsidiarity, as well as the notion of local community. In conclusion, the article answers the question whether the Polish territorial self-government may be taken as a public right and if so, which of its attributes are plead in favor of it.

Key words: self-government, public right, administrative law, theory of law

⁴³ Ustrojodawca nie daje jednak jednoznacznej odpowiedzi, czy za wspólnotę samorządową można byłoby uznać zbiorowość powiązaną innym więziami, w ocenie autora niniejszego opracowania należy przyjąć interpretację szeroką i dopuszczać także inne kryteria wyodrębniania wspólnot samorządowych nadanym obszarze.

Kamil Wielgus¹

Zarys konstrukcji spółki komandytowej, której komplementariuszem jest osoba prawna

Streszczenie:

W polskim piśmiennictwie od dawna toczy się spór na temat sensu i dopuszczalności pozakodeksowych oraz kodeksowych podtypów spółki komandytowej. Chodzi tutaj w szczególności o konstrukcję (zapożyczoną z prawa niemieckiego) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej, która stanowi podtyp empiryczny (tj. wykształcony przez praktykę) coraz częściej stosowany w obrocie handlowym. Znaczna liczba średnich przedsiębiorców decyduje się na prowadzenie działalności gospodarczej w tej formie. Zwłaszcza z uwagi na jej zalety, takie jak ograniczenie odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki, uzyskanie elastyczności działania charakterystycznego dla spółek osobowych oraz korzyści podatkowe. Co więcej, forma ta jest łatwo dostępna dzięki relatywnie niskiej granicy wyznaczającej minimalną wysokość kapitału zakładowego na poziomie 5000 zł. Wskazany podtyp, stanowi połączenie dwóch spółek o zgoła odmiennej istocie (spółki osobowej oraz kapitałowej). Prowadzi to do wielu technicznych komplikacji związanych z rejestracją, prowadzeniem spraw spółki, relacji wewnętrznych między wspólnikami czy odpowiedzialnością cywilną wspólników. Jej zastosowanie może prowadzić do nadużyć oraz zamazania istoty prawnej odrębności prawnej spółek, której celem jest zapewnienie transparentności obrotu.

Słowa kluczowe: podtypy, empiryczne, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka komandytowa, zarys

¹ Autor jest studentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

1. Ogólne informacje na temat podtypów spółki komandytowej

Spółka komandytowa jest trzecią w kolejności osobową spółką prawa handlowego (art. 102–124 k.s.h.²). Zgodnie z systematyką k.s.h., jej regulacja polega na odesłaniu do modelowej spółki osobowej, jaką jest spółka jawna (art. 103 k.s.h.). Należy wspomnieć, że spółka komandytowa jest przykładem hybrydy łączącej w sobie modelowe cechy spółki osobowej i kapitałowej. Przemawia za tym jej struktura, w ramach której pozycja komplementariuszy jest ukształtowana na wzór spółki osobowej, z kolei pozycja komandytariuszy, skoro ich odpowiedzialność jest ograniczona tylko do wysokości sumy komandytowej³, na wzór wspólnika (akcjonariusza) spółki kapitałowej. Tak zarysowany układ pozycji wspólników w spółce komandytowej określa się mianem „klasycznego”⁴. Jest tak nazywany, ponieważ strony mogą w umowie spółki określić w sposób odmienny od wyżej wskazanych pozycje prawne komplementariusza i komandytariusza. Ta możliwość z kolei sprzyja powstawaniu tzw. empirycznych podtypów spółki komandytowej. W ramach tej kategorii wykształciła się spółka komandytowa, której komplementariuszem jest spółka kapitałowa. Należy jednak pamiętać, że postanowienia odchodzące od klasycznego modelu spółki komandytowej są dopuszczalne o ile nie są sprzeczne z ustawą, naturą (właściwością) spółki komandytowej oraz zasadami współżycia społecznego (art. 353¹ k.c.⁵ w zw. z art. 2 k.s.h.)⁶.

² Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 1577); dalej jako: k.s.h.

³ Należy jednak pamiętać, że jest to szczególny rodzaj ograniczenia odpowiedzialności – *pro viribus patrimonii*, zaliczanego do jednego z typowych sposobów ograniczeń ustawowych; zob. P. Machnikowski [w:] *Prawo zobowiązań – część ogólna. System prawa prywatnego tom 5*, Warszawa 2013, s. 174–175. Wskazać należy, że występuje tutaj w swoistej odmianie. Jeżeli komandytariusze wniosą do spółki wkłady wartości niższej niż suma komandytowa, to ich odpowiedzialność będzie miała charakter mieszany: do wartości sumy komandytowej pomniejszonej o wniesiony wkład i ryzyko majątkowe z tytułu wniesionego do spółki wkładu. W sytuacji, w której wkład będzie równy lub wyższy od sumy komandytowej, komandytariusz nie będzie ponosił odpowiedzialności osobistej, tym samym przerzucając ryzyko odpowiedzialności na spółkę; zob. A. Kappes, *Odpowiedzialność komandytariusza za zobowiązania spółki*, Kraków 1997, s. 185.

⁴ A. Szumański [w:] W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Warszawa 2014, s. 106.

⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 459); dalej jako: k.c.

⁶ A. Szumański [w:] *System prawa prywatnego, t. 16, Prawo spółek osobowych*, red. A. Szumański, Warszawa 2016, s. 1159. Ogólne ograniczenia zasady swobody umów wynikające z art. 353¹ k.c. stanowiły i nadal stanowią przedmiot dogłębnej analizy w literaturze prawa cywilnego. Dzięki czemu doczekały się kompleksowych opracowań; zob. P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, *passim*; R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych (art. 353¹ KC)*, Zakamycze 2005 oraz przytoczoną w nich literaturę. Z kolei, co należy mieć cały czas na uwadze, zasad wypracowane na gruncie kodeksowych umów obligacyjnych nie można wprost recypować w ramach stosowania regulacji Kodeksu spółek handlowych. W szczególności kryterium natury (właściwości) stosunku cywilnoprawnego, która czytana wraz z art. 3 k.s.h., nakłada znacznie dalej idące ograniczenia swobody umów; tak R. Siwik [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, Legalis 2018, art. 2, uw. 16; M. Tarska, *Zakres swobody umów w spółkach handlowych*, Warszawa 2012, *passim* wraz z przytoczoną tam literaturą.

Mimo powszechnie przyjętej dopuszczalności umownego kształtowania modelu klasycznego spółki komandytowej⁷, to w literaturze pojawiają się niekiedy głosy podważające tę możliwość *in genere* (niezależne od sporu dotyczącego dopuszczalności tworzenia konkretnych podtypów spółek, jak np. sp. z o.o. sp. k.). Ich zdaniem, taka moderacja niejednokrotnie przypomina korzystanie z dozwolonych prawem uprawnień w celu osiągnięcia specyficznego rezultatu, który może *in concreto* stanowić obejście imperatywnych regulacji⁸. Będzie to jednak przedmiotem rozważań w dalszych częściach niniejszego artykułu.

Podtypy spółki komandytowej niejednokrotnie określa się mianem empirycznych, ponieważ nie są one ustawowo uregulowane (a nawet jeżeli znajdują odzwierciedlenie w ustawie, to jedynie szczątkowo). Ich istnienie zostało ukształtowane przez praktykę gospodarczą w celu zapewnienia optymalizacji podatkowej, uzyskania elastyczności działania charakterystycznego dla spółek osobowych oraz ograniczenia odpowiedzialności wspólników⁹. Dla osiągnięcia tego zadania, górującym i najbardziej efektywnym podtypem jest spółka komandytowa, w której komplementariuszem jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Jednak nie wszystkie podtypy spółki nie znajdują wsparcia w prawie, ponieważ nowelizacja k.s.h. z 2014 r.¹⁰ wprowadziła możliwość zawiązania internetowej spółki komandytowej przy pomocy wzorca dostępnego w systemie teleinformatycznym (art. 106¹ k.s.h.). Konsekwencją tego jest wyłonienie się w ramach Kodeksu spółek handlowych dwóch kolejnych podtypów – tradycyjnego, który jest zakładany według zasad dotychczas obowiązujących, oraz podtypu „internetowego”, który jest zakładany online¹¹. Dyskusje są jednak prowadzone głównie wokół podtypów „pozakodeksowych”, ponieważ brak im zakotwiczenia w postaci normy prawnej o randze ustawowej. W przypadku podtypów kodeksowych, dopuszczalność ich istnienia została bezpośrednio przesądzona przez ustawodawcę.

2. Poszczególne podtypy spółki komandytowej

Poszczególne podtypy spółki mogą oczywiście występować w swoich modelowych konstrukcjach, ale dopuszczalne jest również selektywne wykorzystywanie pojedynczych rozwiązań skutkujące powstawaniem podtypów mieszanych. Możemy mieć do czynienia na przykład ze spółką z ograniczoną odpowiedzialnością spółką komandytową¹² zarejestrowaną za pomocą wzorca dostępnego w systemie teleinformatycznym lub w trybie tradycyjnym. Do najbardziej istotnych podtypów należy

⁷ A. Szumański [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 1159.

⁸ S. Włodyka [w:] *System prawa handlowego...*, s. 1408.

⁹ A. Kidyba, *Atypowe spółki handlowe*, Zakamycze 2001, s. 144.

¹⁰ Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych z dnia 28 listopada 2014 r. (t.j. Dz.U. z 2015, poz. 4).

¹¹ A. Szumański [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 1162.

¹² Dalej jako: „sp. z o.o. sp. k.”; w praktyce ujmowana również jako „spółka z o.o. sp. k.”, „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością & co. spółka komandytowa” lub „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka, spółka komandytowa”, „sp. z o.o. Co. s. k.”.

zaliczyć spółkę komandytową, w której komplementariuszem jest kapitałowa spółka handlowa (tej konstrukcji stawia się najwięcej zarzutów). Kolejnym istotnym podtypem jest spółka komandytowa zarejestrowana za pomocą wzorca w systemie teleinformatycznym. Bezprzedmiotowe jest natomiast dyskutowanie, czy spółka komandytowo-akcyjna stanowi podtyp spółki komandytowej, gdyż wyraźnie ustawodawca wyodrębnił ten rodzaj spółki i postawił go na równi z innymi osobowymi spółkami prawa handlowego (art. 125–150 k.s.h.)¹³. W praktyce niemieckiej wymienia się również inne podtypy spółki komandytowej, które próbuje się zresztą wprowadzić do polskiej praktyki.

Niniejsze opracowanie nie ma na celu wykazania dopuszczalności lub atrakcyjności sp. z o.o. sp. k. Ten aspekt już został przesądzony. Zamiast tego dokonam opracowania i podsumowania obecnego dorobku doktryny, wzbogacając go o uwagi własne.

3. Zagadnienia związane z dopuszczalnością stosowania

3.1. Zagraniczny wynalazek

Podtyp spółki komandytowej, w której komplementariuszem jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, uznaje się za dopuszczalny na gruncie prawa niemieckiego. Niemiecki odpowiednik to spółka GmbH & Co. KG (*Kommanditgesellschaft mit beschränkter Haftung*, czyli spółka z ograniczoną odpowiedzialnością – spółka komandytowa). Wskazany podtyp stanowi bardzo popularną formę prowadzenia działalności gospodarczej dla małych i średnich przedsiębiorców ze względów zbliżonych do przywoływanych w polskim piśmiennictwie¹⁴. Omawiany podtyp jest również bardzo popularny w wielu krajach europejskich, m.in. w Austrii, Belgii oraz Danii. Wynika to z kilku czynników. Na przykład, jeżeli chodzi o prawo niemieckie, to wielką zaletą jest ograniczenie odpowiedzialności, które polega na tym, że komandytariusze odpowiadają tylko wniesionym przez nich majątkiem, natomiast nieograniczoną odpowiedzialność komplementariuszy przejmuje spółka GmbH (odpowiednik spółki z o.o.), której odpowiedzialność jest również ograniczona z mocy prawa. Inną zaletą jest podział zysków i strat. Jeżeli w umowie spółki nie został on określony, to podział następuje proporcjonalnie do wkładu wniesionego przez danego wspólnika w spółce komandytowej. Optymalizacja podatkowa to czynnik, dla którego tworzony jest specjalny podtyp GmbH & Co. KG, a nie po prostu GmbH. Spółka KG nie jest bowiem podmiotem zobowiązanym do płacenia podatku od osób

¹³ A. Szumański [w:] *Prawo spółek...*, s. 110.

¹⁴ T. Leipert, O. Smardzewska, *Czy polska odmiana niemieckiej spółki GmbH & Co. KG może stać się równie popularna?*, Przegląd prawa handlowego 2008, nr 3, *passim*, gdzie autorzy dokładnie opisują zalety i powody popularności tego rodzaju spółki na gruncie prawa niemieckiego. Jest to m.in. uniknięcie podwójnego opodatkowania które pojawiło się w Niemczech w latach 20. XX w., pominięcie tzw. podatku stemplowego, zapewnienie ograniczonej odpowiedzialności wspólników. Jako wadę wymieniają m.in. kwestię organizacji i funkcjonowania. Są to w końcu dwie jednocześnie prowadzone spółki, które wymagają prowadzenia odpowiednich ksiąg rachunkowych, prowadzenia uchwał, protokołów organu własnościowego i in.

prawnych jako *Körperschaftsteuer* (która w prawie niemieckim jest odpowiednikiem naszej tzw. niepełnej [ułamnej] osoby prawnej). Podatek ten trzeba co prawda uiścić w imieniu spółki GmbH, jednakże jej niski dochód (lub jego brak) na tyle obniża podstawę opodatkowania, że ostatecznie kwota podatku jest nieznaczna (lub nawet zerowa). Z drugiej strony prowadzenie tej spółki pociąga za sobą skomplikowanie czynności rachunkowe. W przypadku obu spółek występuje obowiązek prowadzenia osobnej księgowości. Również sprawozdania roczne muszą być sporządzone w dwóch egzemplarzach, po jednym dla każdego z podmiotów. Skutkuje to więc wysokimi nakładami na prowadzenie księgowości. W praktyce może się również pojawić problem z pozyskiwaniem zewnętrznego kapitału np. w formie umowy kredytu bankowego z uwagi na ograniczoną odpowiedzialność spółki GmbH, która jest komplementariuszem, co znacznie wpływa na jej ocenę zdolności kredytowej.

3.2. Stanowisko polskiej doktryny na gruncie Kodeksu spółek handlowych

Sp. z o.o. sp. k. była powszechnie akceptowana już w okresie obowiązywania Kodeksu handlowego z 1934 r.¹⁵ – nie jako nowy typ spółki prawa handlowego, ale jako podtyp spółki komandytowej¹⁶. Jak podkreślano, taka kwalifikacja opisywanego podtypu wydaje się nie naruszać zasady *numerus clausus* spółek prawa handlowego¹⁷. Jak dowodzi E. Jerzy-Krześniak oraz R. Kos, spółka komandytowa z udziałem spółki kapitałowej nadal pozostaje spółką komandytową, a przez sam fakt jej występowania jako współnika, natura spółki osobowej nie ulega zmianie¹⁸.

Podobnie na gruncie Kodeksu spółek handlowych nawet nie próbuje się podważać dopuszczalności stosowania sp. z o.o. sp. k.¹⁹ Do 2005 r. opisywany podtyp spółki komandytowej nie występował zbyt często w obrocie gospodarczym. Dopiero później, w latach 2006–2007, sytuacja uległa zmianie. W 2007 r. funkcjonowało ok. 1200 sp. z o.o. sp. k. przy zarejestrowanych 2632 spółkach komandytowych. W samym 2007 r. powstało około 575–600 spółek typu sp. z o.o. sp. k. Bezpośrednią tego przyczyną była

¹⁵ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (t.j. Dz.U. z 2000, Nr 60, poz. 702).

¹⁶ E. Jerzy-Krześniak, *Spółka komandytowa z udziałem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, Rejent 2000, nr 9, s. 28–29; R. Kos, *Spółka komandytowa z udziałem spółki z o.o. jako komplementariusza*, Kraków 1995, s. 21.

¹⁷ A. Szumański [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 1162.

¹⁸ E. Jerzy-Krześniak, *Spółka komandytowa z udziałem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w prawie niemieckim*, Rejent 1998, nr 11, s. 66; R. Kos, *op.cit.*, s. 11.

¹⁹ Tak R. Adamus, *Umowa pożyczki pomiędzy członkiem zarządu komplementariusza spółki osobowej a spółką osobową*, Rejent 2017/10, s. 9; J. Szwaja, I. Mika [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1–150 KSH. Tom I*, red. S. Sołtysiński, Legalis 2012, art. 102, uw. 28; W. Górecki, A. Kappes [w:] *System prawa handlowego, Tom 2, Prawo spółek handlowych*, red. S. Włodyka, Warszawa 2012, s. 501; A. Szumański [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 1161; M. Spyra [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. J. Bieniak et al., Warszawa 2017, art. 102, s. 325; P. Pinior [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. J. Strzępka, Legalis 2017, art. 102, uw. 14; A. Kidyba, *Atypowe...*, s. 142 i nast.; S. Włodyka [w:] *Prawo spółek handlowych. Tom 2. System prawa handlowego*, red. S. Włodyka, Warszawa 2012, s. 1408; S. Włodyka, *Kodeksowe spółki atypowe*, Warszawa 2004, s. 36.

nowelizacja przepisów k.s.h. z 2008 r.²⁰, poprzez którą dokonano obniżenia wysokości kapitału zakładowego przy spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z 50 000 zł na 5 000 zł²¹. Wspólnikami spółki komandytowej mogą być osoby fizyczne, osoby prawne, jak i (zgodnie z dominującym poglądem) tzw. niepełne (ułamne) osoby prawne (art. 33¹ k.c.)²². Dotyczy to zarówno komplementariuszy, jak i komandytariuszy²³. Tak więc dopuszczalne jest tworzenie spółki komandytowej z udziałem osób prawnych, np. spółdzielni, fundacji lub stowarzyszeń (zarejestrowanych). Generalnie jednak dopuszczalność tworzenia spółki komandytowej z udziałem osoby prawnej doznaje istotnych ograniczeń natury praktycznej, np. trudno sobie wyobrazić (choć *de iure* nie jest to wykluczone) udział Skarbu Państwa w takiej spółce²⁴. Spółka komandytowa jest sama w sobie elastycznym typem spółki. Wskazuje na to możliwość wyodrębnienia jej trzech konfiguracji:

- a) *model klasyczny* (kodeksowy) zwany też kapitałowym, w którym ogranicza się prawa komandytariusza do możliwości wykonywania kontroli nad spółką (art. 120 k.s.h.), co w konsekwencji umożliwia prowadzenie działalności konkurencyjnej komandytariusza względem spółki,
- b) *model dynamiczny* (przeciwstawiany klasycznemu), który zakłada duże zaangażowanie komandytariusza w funkcjonowanie spółki w postaci przyznanego mu w umowie prawa prowadzenia spraw spółki i jej reprezentacji na podstawie udzielonej mu przez spółkę prokury, a także rozszerzenia prawa kontroli we wszystkich miejscach, w których pozwalają na to przepisy k.s.h. Skutkuje to zakazem podejmowania przez komandytariusza działalności konkurencyjnej względem spółki (art. 121 § 3 k.s.h. *a contrario*),
- c) *model pośredni* (pomiędzy modelem klasycznym i dynamicznym), polegający na przyznaniu komandytariuszowi możliwości prowadzenia spraw spółki oraz jej reprezentowania na podstawie udzielonego pełnomocnictwa lub prokury²⁵.

Na dodatek wartym uwagi jest art. 104 § 3 k.s.h., który stanowi, że komplementariuszem może zostać osoba prawna. Z przepisu tego można wnioskować, że ustawodawca przesądził dopuszczalność zastosowania omawianego podtypu spółki²⁶. Przepisy idą zdecydowanie dalej. W art. 107 k.s.h. ustawodawca, regulując wkłady komandyta-

²⁰ Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych z 23 października 2008 r. (Dz.U. Nr 2017, poz. 1381).

²¹ K. Tapek, *Spółka komandytowa, której jedynym komplementariuszem jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością – aspekty konstrukcyjne i podatkowe* [w:] *Szczególne konstrukcje spółek w obrocie gospodarczym: swoboda w kształtowaniu stosunku spółki i grup spółek*, red. M. Zych, Kraków 2013, s. 183.

²² Co do tzw. niepełnych (ułamnych) osób prawnych, sytuacja nie jest oczywista. Wątek ten zostanie opisany niżej.

²³ A. Szumański [w:] *Prawo spółek...* s. 112.

²⁴ A. Kidyba, *Zasady działania spółki komandytowej z udziałem spółek handlowych jako komplementariuszy*, Rejent 2000, nr 4, s. 28.

²⁵ A. Szumański, [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 1159; A. Kidyba, *Atypowe...*, s. 143–144; A. Kappes, *Odpowiedzialność komandytariusza...*, s. 69–70.

²⁶ A. Szumański [w:] *Prawo spółek...*, s. 101.

riusza (uznając, że jego wkład ma być „rzeczywisty”, pomijając m.in. tzw. prowizje grynderskie) w § 3 określił również wkład komplementariusza, będącego kapitałową spółką prawa handlowego. Stąd, wbrew obiegowej opinii, zgodnie z którą powszechnie uznany za „empiryczny” podtyp spółki komandytowej, nie może być już za taki uważany, ponieważ znajduje oparcie w normie prawnej o randze ustawowej²⁷.

Kolejnym zarzutem, który mógłby być podniesiony, to pozorność. Mówiąc o pozorności, konieczne jest odniesienie się do art. 83 k.c., który stanowi, że nieważne jest oświadczenie woli złożone drugiej stronie dla pozorów za jej zgodą. Trudno sobie wyobrazić na czym ta pozorność w tym przypadku miałaby polegać. Wydaje się, że chodzi o pozorność zwykłą umowy spółki komandytowej lub umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Patrząc na sposób, w jaki prowadzona jest działalność, gdzie zazwyczaj ok. 99% dochodu jest rozdzielane między komandytariuszy, a jedynie ok. 1% na komplementariusza – spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, to *prima facie* mogłoby się wydawać, że umowa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest dotknięta wadliwością pozorności. Z drugiej strony, gdyby umowa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością była nieważna, to wspólnicy utraciliby dobrodziejstwo ograniczonej odpowiedzialności. Nie jest jasne, czy nieważność wynika z mocy zastrzeżenia stron, czy dlatego że ustawa statuuje taki skutek. Jednak bezsprzecznie czynność ta jest nieważna tylko, jeżeli strony nie mają woli wywołania określonego skutku, z jakim wiąże się czynność prawna (brak *affectio societatis*). Trudno uznać, że nie było zamiarem stron, aby zapewnić efektu w postaci ograniczonej odpowiedzialności wspólników przy prowadzonej przez nich działalności gospodarczej. Nawet jeśli, to dodatkowo spornym zagadnieniem jest stosowanie art. 82–88 k.c. w stosunku do spółki w sferze zewnętrznej²⁸. Przewidziane w art. 2 k.s.h. stosowanie odpowiednie polegać może na stosowaniu Kodeksu cywilnego wprost, z modyfikacjami lub niezastosowaniu go w ogóle. Należy uwzględnić naturę stosunku prawnego spółki, która powstaje nie z mocy typowej umowy obligacyjnej, ale obligacyjno-organizacyjnej²⁹. W tym przypadku należałoby zgodzić się z poglądem

²⁷ W doktrynie wskazuje się również inne normatywne przykłady, które wskazują na dopuszczalność omawianego podtypu. Przykładowo w art. 116 k.s.h. („W przypadku zawarcia umowy spółki komandytowej z przedsiębiorcą prowadzącym przedsiębiorstwo we własnym imieniu i na własny rachunek”), przedsiębiorcą w znaczeniu podmiotowym w rozumieniu tego artykułu może być również osoba prawna. Podobnie z art. 110 § 1 pkt 3, gdzie w zgłoszeniu do rejestracji w Krajowym Rejestrze Sądowym należy podać „nazwiska i imiona albo firmy (nazwy) komplementariuszy”. Na te przykłady i inne zwraca uwagę M. Piotrowska, *Odpowiedzialność cywilna komplementariusza będącego spółką z ograniczoną odpowiedzialnością i członków jej zarządu w spółce komandytowej – zagadnienia wybrane*, Wrocławskie Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie 2009, z. 2, s. 219–220; A. Kidyba, *Atypowe...*, s. 145.

²⁸ Tak A. Szumański, *Wady oświadczenia woli w prawie spółek handlowych (ze szczególnym uwzględnieniem przypadku błędu lub podstępu związanego z przystąpieniem wspólnika do spółki kapitałowej oraz wniesieniem do niej wkładu [w:] Usus magister est optimus. Rozprawy prawnicze ofiarowane profesorowi Andrzejowi Kubasowi, red. B. Jelonek-Jarco, R. Kos, J. Zawadzka, Warszawa 2016, s. 510. Autor jednak, jak wskazuje tytuł, poświęcił w znacznej części uwagę stosowania art. 84 oraz art. 86 k.c. w stosunku do Kodeksu spółek handlowych, pomijając problematykę braku swobody lub świadomości (art. 82 k.c.), pozorności (art. 83 k.c.) czy groźby (art. 87 k.c.) uznając powyższe wypadki za zbyt „egzotyczne”.*

²⁹ G. Nita-Jagielski [w:] *Prawo spółek kapitałowych. System prawa prywatnego t. 17A*, red. S. Sołtyśiński, Warszawa 2015, s. 175–176.

odmawiającym dopuszczalności stosowania pozorności (art. 83 k.c.) w stosunku do spółki już zarejestrowanej³⁰.

Powyższy aspekt stanowi część szerszego zagadnienia, mianowicie czy spółka może być „nieważna” z uwagi na brzmienie art. 21 k.s.h. Według stanowiska literatury, jeżeli wady prawne spółki mają charakter poważny (istotny), to możliwy jest skutek w postaci „nieważności spółki”³¹. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, bazującego na wykładni art. 58 § 1 k.c., w skład treści umowy cywilnoprawnej również należy zaliczyć cel, dla którego została zawarta³². Również jeżeli chodzi o sprzeczność z naturą stosunku obligacyjnego, to skutkiem tego uchybienia jest nieważność (art. 58 § 1 k.c.). Doktryna oraz judykatura w przeważającej większości opowiadają się jednak za brakiem możliwości stwierdzenia nieważności umowy spółki na podstawie art. 58 k.c.³³ Nie jest również możliwe poddanie ocenie w rozumieniu art. 5 k.c. samej czynności utworzenia spółki³⁴. Zwłaszcza, że sam stosunek pomiędzy art. 5 k.c. oraz art. 58 k.c. nie jest do końca jasny. Należy jednak przyjąć, że art. 5 k.c. można stosować do stosunków cywilnoprawnych już istniejących oraz ważnych, inaczej niż w przypadku art. 58 k.c.

4. Spółka właściwa, niewłaściwa, jednolita

W literaturze wyróżnia się sp. z o.o. sp. k. w ujęciu właściwym, niewłaściwym oraz jednolitym³⁵. Podział ten jest wyodrębniony ze względu na kryterium składu osobowego sp. z o.o. sp. k. Spółka właściwa występuje, gdy wspólnicy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (która jest komplementariuszem), są jednocześnie wspólnikami spółki komandytowej. Zachodzi pełna tożsamość personalna. Jak wskazuje A. Kidyba, jest to najczęstsza forma spółki komandytowej z udziałem spółki z o.o. (akcyjnej)³⁶. Z kolei w spółce niewłaściwej nie wszyscy wspólnicy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością są komandytariuszami spółki komandytowej. W doktrynie niemieckiej wykształcił się

³⁰ Podobny pogląd został wyrażony przez T. Kurnickiego, *Stosowanie przepisów o wadach oświadczeń woli w prawie spółek (cz. I)*, Prawo spółek 2006, nr 6, s. 29–32.

³¹ A. Kidyba [w:] *Kodeks spółek handlowych. Tom I. Komentarz do art. 1–300*, red. A. Kidyba, Warszawa 2017, s. 148.

³² Wyrok SN z dnia 2 marca 2014 r., III CSK 113/13, Legalis nr 1048643.

³³ S. Sołtysiński [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1–150 KSH. Tom I*, Legalis 2012, art. 21, uw. 6; M. Sochański [w:] *Możliwość stwierdzenia nieważności umowy (statutu) spółki kapitałowej na podstawie art. 58 k.c.*, Przegląd prawa handlowego 2016, nr 3, s. 45; D. Kupryjańczyk [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, Warszawa 2017, art. 21, s. 103.

³⁴ A. Opalski, *Problematyka pominięcia prawnej odrębności spółek kapitałowych*, Przegląd prawa handlowego 2012, nr 8, s. 13. Autor przywołuje, a następnie krytykuje koncepcje rozszerzonego stosowania art. 5 k.c. powołanego przez R. Szczepaniaka, który wskazuje na istnienie zasady zakazu nadużywania praw podmiotowych jako naczelnej zasady systemu prawnego, jednocześnie konstruując prawo podmiotowe do posłużenia się osobą prawną.

³⁵ P. Pinior [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. J. Strzępka, Legalis 2015, art. 102, uw. 14.

³⁶ Autor wskazuje, że w tym przypadku występuje swoista jednoosobowa spółka osobowa, czy też spółka jedności; zob. A. Kidyba, *Atypowe...*, s. 147–148.

również układ stosunków spółki jednoosobowej³⁷. W tej kategorii spółka komandytowa utworzona jest przez jednoosobową spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, której jedyny wspólnik jest zarazem komandytariuszem spółki komandytowej. Kategoria ta jest zauważalna w polskiej doktrynie, jednakże nie jest szerzej opisana. Z kolei spółkę jednolitą cechuje fakt, że wszystkie udziały w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością są przenoszone na spółkę komandytową, przez co spółka komandytowa staje się jedynym wspólnikiem swojego komplementariusza. W tej ostatniej wersji, z uwagi na to, że członkiem zarządu może być wyłącznie osoba fizyczna, w ostateczności i najprawdopodobniej będzie nią ta sama która pełni funkcję komandytariusza. Prowadzi to do wniosku, że w swej istocie spółka jednolita nie różni się od spółki właściwej czy niewłaściwej (jeżeli na członka zarządu powoła się osoby fizyczne niezwiązane ze spółką komandytową). W tej ostatniej wariacji pojawia się problem podejmowania uchwał wspólników. Mianowicie na zgromadzeniu wspólników *de facto* uchwały podejmować będzie spółka komandytowa – wspólnik w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. W spółce komandytowej sprawy spółki prowadzą komplementariusze (art. 39 § 1 w zw. z 121 § 1 k.s.h.), czyli w tej kompilacji będzie to spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, której sprawy spółki prowadzi zarząd. Ten z kolei, działa zarówno w imieniu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółki komandytowej³⁸. Wynikałoby stąd, że na zgromadzeniu wspólników spółki, będącej komplementariuszem, głos oddaje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością działająca przez swój zarząd. Prowadzi to do nietypowej sytuacji, zgodnie z którą spółka decyduje sama o swoim losie. Oczywiście powyższe zastrzeżenie stanie się nieaktualne w momencie przyznania komandytariuszowi prawa prowadzenia spraw spółki (art. 121 § 1 k.s.h.). Ponadto model ten znacząco osłabia pozycję wierzycieli spółki, gdyż jeden majątek stanowi potencjalny przedmiot zaspokojenia wierzycieli dwóch spółek. Stąd w prawie niemieckim konieczna była interwencja ustawodawcy w kodeksie handlowym, która uregulowała kategorię spółki jednolitej. Warto zaznaczyć, że przed wejściem w życie tejże regulacji, w doktrynie niemieckiej wyrażano sprzeciw co do stosowania spółki jednolitej³⁹.

5. Sposoby rejestracji

Można wyróżnić dwa sposoby rejestracji sp. z o.o. sp. k. Wybór zależy od tego, która spółka zostanie założona jako pierwsza. Jeżeli wspólnicy funkcjonują w już zarejestrowanej spółce komandytowej, możliwa jest rejestracja spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, a następnie zmiana umowy spółki komandytowej (musi to nastąpić

³⁷ E. Jerzy-Kręśniak, *Spółka komandytowa z udziałem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w prawie niemieckim...*, s. 70.

³⁸ Nie jest jasne, czy zarząd jest przedstawicielem ustawowym tylko spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, czy również sp. z o.o. sp. k. Przyjmuje się, że z uwagi na powiązania organizacyjne jego działania wywołują skutki w sferze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz sp. z o.o. sp. k. Problem reprezentacji zostanie dokładnie określony w punkcie 7, jednak dla omawianego problemu warto podkreślić tę informację.

³⁹ E. Jerzy-Kręśniak, *Spółka komandytowa z udziałem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w prawie niemieckim...*, s. 71.

w formie aktu notarialnego; zob. art. 106 k.s.h.), której komandytariuszem stanie się spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Jednocześnie musi dojść do zmiany firmy (z uwagi na art. 104 § 4 k.s.h. powinna być tam wymieniona tylko firma spółki z ograniczoną odpowiedzialnością⁴⁰). Drugim sposobem jest założenie przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością oraz jej współników spółki komandytowej. W tych przypadkach nie dochodzi do naruszenia art. 151 § 2 k.s.h., ani obejścia problematyki tzw. spółek piramidalnych⁴¹. Sposoby te z pewnością można zaliczyć do „tradycyjnych”.

W praktyce wyłonił się problem, czy w ciągu jednej wizyty u notariusza możliwe jest zawarcie dwóch umów spółki. Zagadnienie to porusza szerszy wątek – czy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji może być członkiem spółki komandytowej (komplementariuszem). Po pierwsze, spółka kapitałowa w organizacji, zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, ma charakter tzw. niepełnej osoby prawnej⁴². Konstrukcyjnie jej charakter jest taki sam, jak spółki osobowej. Skoro w doktrynie pojawiła się rozbieżność co do tego, czy współnikiem spółki osobowej może być inna spółka osobowa⁴³, należałoby się zastanowić, czy w takim przypadku sytuacja nie jest analogiczna. Pomijając szczegółową argumentację uznaję, że spółka osobowa może być współnikiem innej spółki osobowej. Pod względem legalności nie ma więc przeszkód, aby jednocześnie zawrzeć umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółki komandytowej⁴⁴. Po drugie, metoda ta jest ekonomicznie nieoperatywna. Po zawarciu umowy przed notariuszem wymaga się, aby firma miała brzmienie „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji spółka komandytowa”. Minusem tego rozwiązania jest konieczność kolejnej wizyty u notariusza w celu zmiany umowy spółki (nazwy firmy komandytowej) oraz ponowne złożenie wniosku do właściwego sądu rejestrowego (tym razem o zmianę wpisu). Dalej, przytoczyć można wiele innych ograniczeń, jak zakaz zbywania udziałów przez spółkę kapitałową w organizacji (art. 16 k.s.h.), wątpliwa możliwość udzielenia prokury przez spółkę kapitałową w organizacji⁴⁵. Praktyka sądów rejestrowych pokazuje, że zmiana umowy spółki przed wpisaniem spółki kapitałowej w organizacji do rejestru przedsiębiorców może powodować wydanie postanowienia o odmowie wpisu (są to jednak przypadki incydentalne). Jak widać, metoda ta jest niepraktyczna⁴⁶. Jej zastosowanie powoduje, że w trakcie rejestracji wspólnicy trafiają

⁴⁰ Jak dowodzi A. Kidyba, nie jest wykluczone zamieszczenie w firmie sp. z o.o. sp. k. imienia osoby fizycznej – wystarczy, że w firmie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością będzie zawarte nazwisko osoby fizycznej; zob. A. Kidyba, *Atypowe...*, s. 145–146.

⁴¹ *Ibidem*, s. 176 i nast.

⁴² Wyrok SN z dnia 14 listopada 2013 r., II CSK 126/13, Legalis nr 819333.

⁴³ A. Szumański [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 1169; odmiennie A. Kidyba, *Atypowe...*, s. 146, 149–152.

⁴⁴ W doktrynie niemieckiej przyjęto, że spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji może być członkiem spółki komandytowej; tak: E. Jerzy-Krześniak, *Spółka komandytowa z udziałem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w prawie niemieckim...*, s. 73.

⁴⁵ K. Osajda [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2017, art. 109¹, uw. 26.

⁴⁶ O ile koszty złożenia wniosku w Krajowym Rejestrze Sądowym będą mniejsze, ponieważ opłata od wpisu spółek wyniesie 500 zł – zgodnie z art. 52 w zw. z art. 52 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach

na komplikacje, których przed wpisaniem spółki do rejestru zaleca się unikać. Tradycyjne sposoby upraszczają proces rejestracji⁴⁷.

6. Niezależność podmiotowa?

W polskiej doktrynie prawa spółek od kilkunastu lat stają się popularne koncepcje, które łączą określony podmiot z określoną osobą prawną. Jest to wyłom od normy dekodowanej z art. 8 § 1 k.s.h. oraz art. 12 zd. 1 k.s.h., która przewiduje zasadę podmiotowej niezależności prawnej między spółkami prawa handlowego. Jak zauważa A. Opalski, „zasada prawnej odrębności spółek kapitałowych stabilizuje funkcjonowanie spółek i zwiększa bezpieczeństwo prawne uczestników obrotu”⁴⁸. Bezsprzecznie dzięki tej zasadzie obrót może być transparentny, przez co zapobiega się różnego rodzaju znikom lub nadużyciom. Czasami jednak zbyt restrykcyjne podejście do odrębności podmiotowej może naruszyć jej *ratio legis*. Nie należy absolutyzować odrębności spółki od wspólnika. Może ona prowadzić do uzyskiwania korzyści, których osiągnięcie nie byłoby możliwe, gdyby spółka nie działała w określonej strukturze. Potencjalnym zagrożeniem w przypadku spółki komandytowej, w której komplementariuszem jest osoba prawna, stanowi pomieszczenie majątków spółki i wspólnika. Biorąc pod uwagę, że w firmie spółki komandytowej musi się znaleźć firma spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, dla obrotu oraz organów administracji publicznej, omawiana różnica może być trudna do spostrzeżenia. Jak wskazuje dalej A. Opalski, „pominięcie [prawnej odrębności spółki – K.W.] okaże się zasadne, gdy zostanie uznany prymat wartości chronionych interpretowaną normą nad wartościami, które w kontekście interpretowanej normy chroni zasada prawnej odrębności spółki”⁴⁹. Wykładnia celowościowa może doprowadzić do odmowy zastosowania opisywanej zasady. Jako przejaw tej wykładni wymienić należy doktrynę „przebicia korporacyjnej zasłony” (ang. *piercing the corporate veil*, PCV). Polega ona na usunięciu granicy między spółką a jej wspólnikami np. w celu pociągnięcia ich do odpowiedzialności. Najdalej idącym przejawem najnowszych tendencji jest problematyka „pominięcia prawnej odrębności spółki” (ang. *disregarding corporate identity*). Należy opowiedzieć się za generalną możliwością zastosowania powyższej konstrukcji w ramach sp. z o.o. sp. k. Jest to podtyp, w którym podmiotowej odrębności nie jest łatwo dostrzec. Wystarczy, że w określonych stosunkach (cywilnoprawnych, administracyjnych) podmiot będzie występował jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, w innych jako sp. z o.o. sp. k., a jeszcze w innych jako spółka komandytowa. Podstawy do pominięcia odrębności podmiotowej można

sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz.U. z 2016, poz. 623) oraz 200 zł – zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia ministra sprawiedliwości w sprawie wydawania i rozpowszechniania monitora sądowego i gospodarczego z 13 maja 2014 (Dz.U. z 2016, poz. 1622), to bilans nadrabiają zwiększone koszty na takse notarialną oraz wydłużony czas związany z wizytą u notariusza. Dodatkowo dużo dłuższy jest okres rejestracji, co ma znaczenie zważając, że wpis przy zmianie umowy spółki ma charakter konstytutywny.

⁴⁷ K. Tapek, *op.cit.*, s. 183–184.

⁴⁸ A. Opalski, *Problematyka pominięcia...*, s. 11.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 15.

wywieść z konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego lub wykładni celowościowej. Stąd konieczna jest ocena sytuacji *ad casu*. Jako przykład ustawowego wyjątku od zasady odrębności prawnej jest relacja dominacji – zależności spółek (prawo koncernowe). Na pytanie, czy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w stosunku sp. z o.o. sp. k. (i na odwrót) mieszczą się w tej relacji, nie ma jednoznacznej odpowiedzi. Wszystko zależy od układu między wspólnikami. Na przykład, co do wyżej wspomnianego modelu jednolitego, w którym wszelkie udziały spółki z ograniczoną odpowiedzialnością posiada spółka komandytowa (gdyby przychylić się do poglądu, który dopuszcza jej zastosowanie), należałoby jednoznacznie przyjąć, że spółka komandytowa jest spółką dominującą, natomiast spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest spółką zależną. Spółka komandytowa posiadająca wszystkie udziały w spółce kapitałowej podpada pod zakres zastosowania art. 4 § 1 pkt 4 ppkt a), b), c) oraz f). W stosunku do innych układów sił korporacyjnych trudno wysunąć wniosek ogólny. Wykładnia art. 5 k.c. nie jest przystosowana do pominięcia prawnej odrębności spółki. Mimo że instytucja ta stanowi realizację postulatu dotyczącego słuszności prawa⁵⁰, który ma na celu zapewnienie normom prawnym dostatecznego stopnia elastyczności, jest ona obłożona znacznymi ograniczeniami. Tendencja orzecnicza wskazuje na marginalne zastosowanie art. 5 k.c. W orzeczeniu Sądu Najwyższego z 6 lipca 1999 r.⁵¹ została sformułowana teza, według której w stosunkach profesjonalnych klauzula nadużycia prawa powinna być co do zasady wyłączona. Orzeczenie należy ocenić krytycznie, choć jest ono przykładem ogólniejszej rezerwy, z jaką traktuje się możliwość stosowania art. 5 k.c. Co więcej, możliwe jest powołanie się na nadużycie prawa jedynie w przypadku wykonywania prawa podmiotowego oraz wyłącznie w ramach obrony. Jedynym ratunkiem dla tej koncepcji jest wykształcona w doktrynie rozszerzająca wykładnia czynienia ze swojego prawa użytku⁵². Wyłomem w ugruntowanej wykładni zarzutu nadużycia prawa jest relatywnie nowa uchwała Sądu Najwyższego z 15 marca 2018 r.⁵³ W tym orzeczeniu została zastosowana szeroka koncepcja instytucji nadużycia prawa podmiotowego. Ciągnie to za sobą zupełnie odmienne stanowisko w stosunku do wyżej przedstawionego. Zarzut z art. 5 k.c. mógłby się odnosić nie tylko do wykonywania prawa, ale również i zostać wywyższony do rangi środka ofensywy. Znacząco odmiennie przedstawiłaby się sytuacja osób poszkodowanych przez nadużycia koncepcji odrębnej osobowości osób prawnych. Powstaje jednak wątpliwość, czy to orzeczenie stanowi jedynie wyłom, czy zapoczątkuje nową linię orzecniczą? Na odpowiedź będzie trzeba poczekać. W tę chwilę pozostaje więc wykładnia celowościowa dokonywana w skonkretyzowanych okolicznościach.

⁵⁰ A. Zbiegań-Turzańska [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis, 2017, art. 5, uw. 2.

⁵¹ Wyrok SN z dnia 6 lipca 1999 r., III CKN 310/98, Legalis nr 338638.

⁵² Wyrok SN z dnia 8 lipca 1999 r., I CKN 1367/98, OSP 2000, nr 5, poz. 69.

⁵³ Uchwała SN z 15 marca 2018 r., III CZP 110/17, MoP 2018 nr 7, s. 331. Na marginesie należy wskazać, że wyrok został zastosowany do pominięcia skutków upływu terminu zawitego, którym jest wygaśnięcie uprawnienia. Orzeczenie stanowi zupełny ewenement w zakresie interpretacji art. 5 k.c. Pojawia się kolejne pytanie, czy na gruncie tej koncepcji możliwe jest odwołanie się do zniweczenia sankcji nieważności? W każdym razie na chwilę obecną warto uważnie obserwować rozwój orzecznictwa.

7. Zagadnienia z zakresu reprezentacji spółki

Organizacyjne powiązanie sp. z o.o. sp. k. może również powodować wiele innych problemów, dotyczących głównie powiązań zewnętrznych (reprezentacji) i wewnętrznych (prowadzenia spraw spółki). Wyjaśnień wymaga, w czym imieniu działają osoby występujące „za” (reprezentanci) lub „w imieniu” (pełnomocnicy, prokurenci) spółki kapitałowej⁵⁴. W przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością organem reprezentującym jest zarząd (art. 201 § 1 k.s.h.), a zastępcami mogą być pełnomocnicy lub prokurenci. W wyjątkowych sytuacjach za spółkę działać mogą jej likwidator, syndyk lub kurator. W sp. z o.o. sp. k., w której komplementariuszem jest osoba prawna, podmioty te są uprawnione do działania za osobę prawną (komplementariusza), a także za spółkę komandytową. Jak zauważa A. Kidyba, członkowie zarządu działają „za” spółkę z o.o., natomiast spółka z o.o. jako komplementariusz działa „w imieniu” spółki komandytowej. Dochodzi więc do nałożenia się na siebie dwóch sfer kompetencyjnych, odnoszących się do tego samego podmiotu – jako komplementariusza oraz realizacji praw i obowiązków wynikających z działania zgodnego z wewnętrzną strukturą spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Rozstrzygająca jest więc technika reprezentacji – może pojawić się taka sytuacja, że w spółce komandytowej przyjęto reprezentację jednoosobową, natomiast w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością reprezentację łączną. W przypadku sp. z o.o. sp. k. właściwej, takie „przedstawicielstwo” prowadziłoby do paraliżu. Należy więc przyłożyć szczególną uwagę w momencie formułowania umowy, z uwagi na typowy rodzaj reprezentacji łącznej w spółce z o.o. (art. 205 k.s.h.)⁵⁵. Innym zagadnieniem jest, czy zarząd osoby prawnej działa za spółkę komandytową, czy za spółkę macierzystą (z ograniczoną odpowiedzialnością). Według A. Kidyby taka reprezentacja odnosi bezpośrednio skutek wobec spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, natomiast – z uwagi na „przedłużony łańcuch działania” z funkcją komplementariusza – należy uznać, że takie działania również przypisuje się spółce komandytowej⁵⁶.

Inny problem pojawił się już nie w ramach reprezentacji, ale pełnomocnictwa. Na gruncie Kodeksu cywilnego wyróżnia się jego dwie postaci – pełnomocnictwo *sensu stricto* (art. 95 i nast. k.c.) oraz prokurę (art. 109¹ i nast. k.c.)⁵⁷. Nie jest do końca jasne, czy pełnomocnik (względnie prokurent) ustanowiony przez członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, będącej komplementariuszem spółki komandytowej, działa wyłącznie w imieniu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością,

⁵⁴ Analogiczny problem przedstawia się na gruncie spółki komandytowej, której komplementariuszem jest inna spółka osobowa. Zagadnienie to wychodzi poza problem niniejszego artykułu, warto jednak odesłać do rozważań A. Kidyby; zob. A. Kidyba, *Atypowe...*, s. 153–157.

⁵⁵ W przypadku określenia reprezentacji łącznej w spółce komandytowej (art. 30 § 1 w zw. z art. 103 k.s.h.) oraz reprezentacji łącznej w spółce z o.o. (art. 205 k.s.h.), udział może brać np. trzy osoby (reprezentanci sp. k. oraz reprezentant sp. z o.o. wraz z prokurentem); zob. A. Kidyba, *Atypowe...*, s. 159.

⁵⁶ A. Kidyba, *Zasady działania...*, s. 35–36; A. Kidyba, *Atypowe...*, s. 158.

⁵⁷ Na marginesie należy odpowiedzieć się za stanowiskiem zgodnie z którym prokura stanowi rodzaj pełnomocnictwa. Tak przyjęte stanowisko powoduje praktyczną konsekwencję w postaci stosowania przepisów o pełnomocnictwie *per analogiam*. Odwołuję do argumentacji – którą w pełni uznaję za słuszną – K. Osajdy [w:] *Kodeks Cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, art. 109¹, s. 751.

czy działa również w imieniu z o.o. sp. k. Z problemem tym miał okazję spotkać się Sąd Najwyższy w postanowieniu z 16 czerwca 2016 r.⁵⁸ Stan faktyczny zarysował się następująco. W skład sp. z o.o. sp. k. wchodziły dwie osoby fizyczne jako komplementariusze oraz jednoosobowa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z jednoosobowym zarządem jako komplementariusz. Jedyny członek zarządu udzielił prokury, po czym zrezygnował skutecznie ze swojego mandatu. W jego miejsce nie powołano następcy. Sprawy spółki były więc prowadzone wyłącznie przez powołanego prokurenta. W toku działalności wyłonił się spór co do ważności zawartej przez niego jednej z umów. Wytoczono powództwo przeciwko sp. z o.o. sp. k. o ustalenie nieważności tejże umowy. Sąd I instancji powództwo uwzględnił. W apelacji sąd II instancji wydał postanowienie na podstawie art. 386 § 2 k.p.c. uchylając zaskarżony wyrok, znosząc postępowanie oraz przekazując sprawę do I instancji w celu ponownego rozpoznania. Nieważności sąd dopatrzył się w nieprawidłowej reprezentacji (art. 379 pkt 2 k.p.c.). Jak wskazuje J. Grykiel⁵⁹ w głosie do omawianego postanowienia (wydanego na skutek zażalenia – art. 394¹ § 1¹ k.p.c.), na gruncie badanego stanu faktycznego wyłoniły się dwa zagadnienia. Jedno z nich ma charakter materialnoprawny i dotyczy dopuszczalności reprezentacji spółki komandytowej przez prokurenta tej spółki lub przez prokurenta jej komplementariusza. Drugie z nich ma charakter formalnoprawny i sprowadza się do pytania, czy brak organu reprezentującego spółkę, która ustanowiła jednak reprezentującego ją prokurenta, stanowi przesłankę nieważności postępowania w rozumieniu art. 379 pkt 2 k.p.c. Sąd Najwyższy opowiedział się za dopuszczalnością reprezentacji spółki z o.o. sp. k. przez prokurenta lub pełnomocnika spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, a tym samym zanegował możliwość stwierdzenia nieważności zarówno umowy oraz postępowania w omawianym stanie faktycznym. Kwestia ta jest bardzo dyskusyjna. W opisywanym przypadku prokurent działał bezpośrednio na rzecz spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Zgodnie z art. 95 § 2 k.c., na gruncie pełnomocnictwa przyjęta została teoria reprezentacji. W myśl tej koncepcji oświadczenie jest składane przez pełnomocnika z pełnym skutkiem dla mocodawcy. Z kolei mocodawca nie składa „swojego” oświadczenia (jak to odbywa się przy teorii reprezentowanego i mieszanej)⁶⁰. W nawiązaniu do art. 95 § 2 k.c. pełnomocnika można zobrazować jako przedłużenie ręki mocodawcy. Jest jasne, że zarząd spółki z o.o., która jest komplementariuszem, może występować w roli samej spółki z o.o. albo sp. z o.o. sp. k. Analogicznie sprawa wygląda w przypadku pełnomocnika (prokury). I właśnie w stosunku do drugiego z możliwych przypadków reprezentacji pojawia się pytanie, czy skutki działania pełnomocnika (prokurenta) mogą wywołać skutki dla spółki z o.o. sp. k. Z jednej strony stanowisko przyjęte przez Sąd Najwyższy może świadczyć o zamazaniu odrębnej podmiotowości prawnej spółki będącej przedmiotem opracowania. Nie jest do końca jasne, czy można tak dalece rozciągnąć

⁵⁸ Postanowienie SN z dnia 16 czerwca 2016 r., V CZ 26/16, Legalis nr 1482750.

⁵⁹ J. Grykiel, *Wykorzystanie prokury do reprezentacji spółki komandytowej, której komplementariuszem jest osoba prawna nieposiadająca zarządu – glosa* – V CZ 26/16, *Monitor prawniczy* 2017, nr 13, s. 716.

⁶⁰ M. Pazdan [w:] *Kodeks cywilny. T.I. Komentarz. Art. 1–449¹¹*, red. K. Pietrzykowski, Legalis 2018, art. 95, uw. 2.

podmiotowy zakres pełnomocnictwa. Jak przyjmuje J. Grykiel „pełnomocnik mojego przedstawiciela (...) nie jest moim pełnomocnikiem”⁶¹. Odmienne stanowisko wydaje się reprezentować A. Kidyba⁶², jednakże, w zakresie postępowania przed sądem autor wskazuje, że do prawidłowej reprezentacji nie wystarczy zwykłe „powiązanie organizacyjne”⁶³. Nie jest to sytuacja analogiczna z art. 106 k.c., w tym przypadku pełnomocnictwo substytucyjne wprost jest określone z działaniem na rzecz mocodawcy. Ponieważ w niniejszym przykładzie mamy do czynienia z kwalifikowanym rodzajem konstrukcji spółek, możliwe jest sformułowanie domniemania faktycznego, zgodnie z którym co do zasady spółka z o.o. działa w imieniu sp. z o.o. sp. k.⁶⁴ Z kolei, gdyby z treści pełnomocnictwa wynikało, że zostało ono udzielone przez spółkę z o.o. sp. k., to możliwe by były dwie interpretacje. Pierwsza – z uwagi na prawną odrębność spółek należałoby stwierdzić, że jest to pełnomocnictwo na rzecz dwóch mocodawców (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółki komandytowej). Zgodnie z drugą interpretacją, jest to po prostu pełnomocnik (prokurent) spółki komandytowej. Co do zasady udzielenie pełnomocnictwa przez sp. z o.o., jeżeli miałoby wywołać to skutki wobec sp. k., nie powoduje zagrożeń dla spółki komandytowej, która może podnieść zarzut nadużycia umocowania⁶⁵. Ponadto, co było wcześniej wspomniane, najczęściej sp. z o.o. sp. k. występuje w konstatacji „właściwej”. Stąd przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym pełnomocnik spółki z o.o. nie działa tylko w imieniu spółki z o.o. (swego mocodawcy), spowodowałaby tylko utrudnienie prowadzenia działalności gospodarczej średnim i małym przedsiębiorcom. Tezę Sądu Najwyższego co do zasady należy zaakceptować. Jednakże rację ma A. Kidyba, że w ramach postępowania cywilnego konieczne jest specjalne umocowanie dla pełnomocnika (prokurenta), aby ich działania mogły wywołać skutek bezpośrednio wobec spółki komandytowej.

Ostatnimi czasy poddaje się w wątpliwość, czy czynności pomiędzy członkiem zarządu spółki kapitałowej będącej komplementariuszem a spółką komandytową należałoby kwalifikować jako czynności „między spółką a członkiem zarządu”

⁶¹ J. Grykiel, *op.cit.*, s. 718.

⁶² A. Kidyba, *Zasady działania...*, s. 33. „Działanie pełnomocników w imieniu osoby prawnej staje się działaniem przedstawiciela ustawowego spółki komandytowej, zaś działanie przedstawicieli ustawowych spółki z o.o. (akcyjnej) pokrywa się w sferze kompetencji do działania jako komplementariusz z działaniem przedstawiciela ustawowego spółki komandytowej”; zob. A. Kidyba, *Atypowe...*, s. 160–161.

⁶³ „Wydaje się, że postępowanie w przypadku uczestniczenia osoby prawnej w spółce komandytowej w charakterze komplementariusza wymaga pewnej specjalizacji i szczególnego umocowania do reprezentacji, a nie obejmowania zakresem umocowania w macierzystej spółce również realizacji praw i obowiązków zewnętrznych”; zob. A. Kidyba, *Atypowe...*, s. 162.

⁶⁴ Występuje jednak szereg sytuacji, w których takie domniemanie nie powinno być zastosowane, ze względu na istotę gałęzi prawa, przykładem może być złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości (art. 21 PrUpadł). Jeżeli członek zarządu złożył wniosek o ogłoszenie upadłości spółki z o.o., to z uwagi na formalne wymagania określone we wniosku, np. oznaczenie osoby upadłego (art. 22 ust. 1 pkt 1 PrUpadł), nie jest zasadnym uznanie, że wniosek obejmuje sp. z o.o. sp. k. oraz złożenia wezwania do uzupełnienia braków formalnych przez sędziego-komisarza (art. 28 PrUpadł w zw. z 130 k.p.c.). Jak wskazuje A. Kidyba, działania syndyka jako zastępcy pośredniego (art. 160 ust. 1 PrUpadł), w odniesieniu do spółki z o.o. nie będą odnosić skutków wobec sp. z o.o. sp. k.

⁶⁵ B. Gawlik [w:] *System prawa cywilnego. Tom I. Część ogólna*, red. S. Grzybowski, Wrocław 1985, s. 757.

w rozumieniu art. 210 § 1 k.s.h. (art. 379 § 1 k.s.h.). Zarówno orzecznictwo⁶⁶, jak i literatura⁶⁷ odpowiadają na to pytanie negatywnie. Wydaje się, że taka analogia nie jest uzasadniona z kilku powodów. Przede wszystkim, co było już wskazane, jednym z wielu celów zakładania sp. z o.o. sp. k. jest uelastycznienie kapitałowych form działalności gospodarczej na wzór spółek osobowych. Po drugie, na co wskazuje R. Adamus, wspomniany zabieg analogii mógłby doprowadzić do wykładni *contra legem*, jako sprzecznej z bezwzględnie obowiązującymi art. 29 § 2 i 3 k.s.h. Po trzecie, jak wskazał Sąd Najwyższy⁶⁸, brak jakichkolwiek argumentów natury jurydycznej, które uzasadniają wspomnianą analogię. Po czwarte, art. 33¹ k.c. nie uzasadnia odpowiedniego zastosowania art. 210 § 1 k.s.h., przepis ten swoim zakresem zastosowania odnosi się do regulacji osób prawnych w ogólności, nie dotyczy więc poszczególnych regulacji spółek kapitałowych⁶⁹.

Kolejnym zagadnieniem na gruncie sp. z o.o. sp. k. jest zakaz konkurencji, który dotyczy członków zarządu, wspólników⁷⁰ spółki kapitałowej (art. 211 k.s.h.) oraz komandytariuszy spółki komandytowej (art. 121 § 3 w zw. z art. 56 k.s.h.). W okresie obowiązywania k.h. problem ten był bardziej złożony, ponieważ zgodnie z art. 110 k.h. komandytariusze byli obciążeni analogicznym obowiązkiem jak komplementariusze. Wydaje się, że takie rozciągnięcie podmiotowe zakazu konkurencji było zupełnie niepraktyczne. Obecnie art. 121 § 3 k.s.h. odpowiednio wyważa rolę komandytariusza jako inwestora pasywnego. Należy jednak pamiętać, że w przypadku ukształtowania modelu „dynamicznego” spółki komandytowej, pojawia się problem identyczny jak pod rządem k.h. Skutkiem naruszenia zakazu konkurencji w spółce komandytowej jest odpowiedzialność odszkodowawcza (art. 57 w zw. z art. 103 k.s.h.) oraz obowiązek wydania korzyści (art. 57 § 1 w zw. z art. 752 i nast. k.c.⁷¹), natomiast w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością jest to odpowiedzialność odszkodowawcza (art. 211 k.s.h., przy czym przyjmuje się, że nie jest dopuszczalna analogia z art. 57 k.s.h. do wydania korzyści⁷²).

⁶⁶ Wyrok SN z dnia 11 grudnia 2015 r., III CSK 12/15, Legalis nr 1522514.

⁶⁷ R. Adamus, *op.cit.*, s. 10; K. Kopaczyńska-Pieczarek, *Problem stosowania art. 210 § 1 k.s.h. odpowiednio lub per analogiam do wspólników uprawnionych do reprezentowania handlowych spółek osobowych*, Przegląd prawa handlowego 2014/11, s. 15 i nast.; T. Szczurowski [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, Legalis 2018, art. 117, uw. 17.

⁶⁸ Wyrok SN z dnia 11 grudnia 2015 r., III CSK 12/15, Legalis nr 1522514.

⁶⁹ K. Kopaczyńska-Pieczarek, *op.cit.*, s. 17.

⁷⁰ Przyjmuję pogląd, zgodnie z którym na wspólniku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (w przeciwieństwie do akcjonariusza) również ciąży obowiązek lojalności względem spółki i pozostałych wspólników; zob. I. Weiss, A. Szumański [w:] *Prawo spółek*, W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, Warszawa 2014, s. 428–429.

⁷¹ Spornym jest, czy w przypadku „wydania korzyści” rozumieć stosowanie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 i nast.); zob. P. Księżak [w:] *Bezpodstawne wzbogacenie. Art. 405–414 k.c. Komentarz*, red. P. Księżak, Legalis 2007, art. 405, uw. 88. Odmienny pogląd przyjmuje stosowanie przepisów o prowadzeniu cudzych spraw bez zlecenia (art. 752 i nast.) uwzględniając ogólną konstrukcję art. 57 k.s.h.; por. S. Sołtysiński [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1–150 KSH. Tom I*, red. S. Sołtysiński, Legalis 2012, art. 57, uw. 3.

⁷² R. Pabis [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. J. Bieniak et al., Warszawa 2017, art. 211, s. 693.

Aspekt działalności konkurencyjnej w sp. z o.o. sp. k. rysuje się następująco (przyjmując oczywistą niezależność podmiotową spółek). W sp. z o.o. sp. k. „właściwej”, gdzie członkowie zarządu (względnie wspólnicy) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością są jednocześnie komandytariuszami, nie występuje zagrożenie konfliktu. Mimo że powyższa konfiguracja mieści się w hipotezie art. 211 § 1 k.s.h., to w praktyce zakaz zostanie uchylony poprzez wyrażenie zgody w rozumieniu art. 211 § 2 k.s.h.⁷³ W przypadku komandytariuszy problem jest zależny od ukształtowania ich uprawnień (zob. art. 121 § 1 k.s.h.). Nawet gdy sytuacja komandytariusza w spółce została ukształtowana na wzór modelu dynamicznego, to art. 56 § 2 w zw. z art. 103 k.s.h. ustanawia nawet konkludentną zgodę na konkurencyjną działalność. Za tak wyrażoną zgodę można uznać samo prowadzenie działalności gospodarczej przez wspólników w formie sp. z o.o. sp. k. Skoro w spółce właściwej nie występuje zagrożenie odpowiedzialności odszkodowawczej wspólników (członków zarządu), to pojawia się pytanie, czy podobnie można stwierdzić w stosunku do samej sp. z o.o. sp. k. Zgoda na działalność konkurencyjną może być wyrażona w umowie spółki, może również przybierać postać zgody blankietowej⁷⁴. W takiej sytuacji sp. z o.o. sp. k. nie posiada odpowiednich instrumentów ochrony w sytuacji samowoli wspólników. Problem ten da się rozwiązać poprzez przyjęcie wykładni, zgodnie z którą wspólnik, który jest zwolniony z zakazu konkurencji, nie jest uprawniony do działalności sprzecznej z interesem sp. z o.o. sp. k.⁷⁵ Inaczej wspólnik sp. z o.o. sp. k., który działa na rzecz spółki konkurencyjnej, nie mógłby być pociągnięty do odpowiedzialności. Mimo wszystko zalecane jest zamieszczanie w umowach spółki zgody co do konkretnej działalności lub konkretnej spółki konkurencyjnej. Dzięki temu wspólnicy unikną zbędnych komplikacji.

Odmienny problem pojawia się w przypadku spółki niewłaściwej. Tutaj nie zachodzi tożsamość podmiotowa wspólników. Może to stwarzać potencjalne zagrożenie w przypadku konfliktu wspólników, którzy będą wytaczać partyzanckie powództwa w stosunku do swoich menadżerów lub współpracowników. Skoro wspólnicy (członkowie zarządu) jedynie pozornie naruszają zakaz konkurencji i to przy dotychczasowej powszechnej zgodzie, ratunkiem może okazać się wykładnia przedstawiona w punkcie 6. niniejszej pracy, która ze względów celowościowych pozwala na uchylenie prawnej odrębności spółek. Taka interpretacja prowadziłaby do wyłączenia możliwości dochodzenia naprawienia szkody, co wydaje się funkcjonalnie zasadne. Dopuszczalne jest

⁷³ Przepis bowiem ma charakter względnie obowiązujący, można go wyłączyć już w umowie spółki z o.o. Co do zasady, zgoda może być udzielona na zgromadzeniu wspólników w uchwale, jednakże tu już pojawia się sporne zagadnienie o większość. Problematyczne jest, czy wystarczająca jest większość zgodnie z art. 246 § 1 k.s.h. (dwie trzecie głosów), czy konieczna jest zgoda wszystkich wspólników. Zgoda może być udzielona *ex ante*, ale i *ex post*. Powinna odnosić się indywidualnie do każdego ze wspólników. Tak Z. Jara [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, Warszawa 2017, art. 211, s. 882–885.

⁷⁴ J. Pieróg [w:] *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Tom I. Komentarz do art. 151–225 KSH*, red. A. Nowacki, Legalis 2017, art. 211, uw. 64; G. Nita-Jagielski [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. J. Bieniak et al., Warszawa 2017, art. 56, s. 206.

⁷⁵ G. Nita-Jagielski [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. J. Bieniak et al., Warszawa 2017, art. 56, s. 203; B. Borowy [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, Warszawa 2017, art. 56, s. 238.

również oddalenie powództwa na podstawie art. 5 k.c.⁷⁶ Ponadto instytucja nadużycia prawa podmiotowego, jak wyżej zostało zaznaczone, może stanowić podstawę do pominięcia prawnej odrębności spółek. Wylania się jednak pytanie, czy można w takim przypadku zastosować instytucję przyczynienia się poszkodowanego do powstania szkody (art. 362 k.c.). Zgodnie z dominującym poglądem, przesłankami zastosowania tego przepisu są adekwatny związek przyczynowy oraz obiektywna nieprawidłowość zachowania się poszkodowanego⁷⁷. Co prawda wina nie jest warunkiem *sine qua non* zastosowania tej instytucji, jednak ma ona znaczenie dla miarkowania szkody⁷⁸. Nie jest jasne co w omawianym przypadku stanowiłoby zachowanie obiektywnie nieprawidłowe. Ma to zasadnicze znaczenie, skoro sąd ma obowiązek zastosować art. 362 k.c. w przypadku spełnienia jego przesłanek. Wydaje się, że przesłankę tę spełniają takie sytuacje jak brak reakcji tego współnika na „konkurencyjną działalność” przez dłuższy okres, uczestnictwo w procesie zakładania sp. z o.o. sp. k. itp.

8. Odpowiedzialność cywilna

Jedną z największych zalet sp. z o.o. sp. k. jest ograniczona odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki. Zgodnie z art. 111 k.s.h. komandytariusz odpowiada tylko do wysokości wniesionej sumy komandytowej (a więc kwoty, do której odpowiada wspólnik wobec wierzycieli spółki). Natomiast komplementariusz odpowiada bez ograniczeń (art. 102 k.s.h.). Jeżeli inwestorem aktywnym zostaje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, to odpowiada ona całym swoim majątkiem, jednak *de facto* będzie to odpowiedzialność ograniczona jedynie do sumy wniesionych do majątku spółki wkładów (art. 151 § 4 oraz art. 112 k.s.h.). Dzięki tej konstrukcji wspólnicy niemal całkowicie wyłączają swoją odpowiedzialność za zobowiązania spółki. Jeżeli egzekucja z majątku spółki komandytowej okaże się bezskuteczna, można pociągnąć do odpowiedzialności wspólnika „jawnego”, czyli spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością. Jednak z faktu, że jest ona całkowicie odrębnym podmiotem, odpowiada wyłącznie ta spółka, a nie jej wspólnicy. Odpowiedzialność osób uczestniczących w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością występuje tylko wtedy, gdy tak stanowi przepis (zob. art. 291–300 k.s.h.). Szczególnie doniosłe znaczenie ma art. 299 k.s.h., regulujący odpowiedzialność członków zarządu w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w razie bezskuteczności egzekucji z majątku spółki oraz gdy zarządcy nie zgłosili w porę wniosku o ogłoszenie upadłości (art. 21 PrUpadł⁷⁹). Skutkuje to ich odpowiedzialnością osobistą i nieograniczoną. Ma to znaczenie, skoro wspólnicy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w spółce z o.o. sp. k. zwykle działają w zarządzie, aby prawidłowo wykonywać swoje funkcje komplementariuszy (inwestorów aktywnych) oraz mieć wpływ na prowadzenie spraw spółki (spółka właściwa). Możliwość zastosowania art. 299 k.s.h.

⁷⁶ W. Borysiak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2017, art. 471, uw. 68.

⁷⁷ K. Zagrobelny [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis 2017, art. 362, uw. 4.

⁷⁸ P. Sobolewski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2017, art. 362, uw. 13.

⁷⁹ Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 2344); dalej jako: PrUpadł.

w celu pociągnięcia do odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania sp. z o.o. sp. k. wydaje się być sporna⁸⁰. Z kolei droga do majątku osobistego członków zarządu jest bardzo zawiła. Możliwe są tutaj dwie sytuacje. W pierwszej z nich najpierw zostanie wytoczone powództwo przeciwko spółce komandytowej, a następnie rozszerzona klauzula wykonalności na komplementariusza (art. 778¹ k.p.c.). Dopiero w razie bezskutecznej egzekucji z majątku spółki komandytowej jest możliwe pociągnięcie do odpowiedzialności członków zarządu komplementariusza solidarnie (art. 299 § 1 k.s.h.). Będzie to droga „typowa”, z uwagi na skoncentrowanie majątku w spółce komandytowej w celu ominięcia podwójnego opodatkowania. Inną drogą jest pozwanie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (komplementariusza) w razie spełnienia przesłanek z art. 31 § 2 k.s.h. W doktrynie wyrażany jest pogląd, iż wszczęcie egzekucji przeciwko spółce nie jest przesłanką konieczną egzekucji przeciwko wspólnikowi. Art. 31 § 2 k.s.h. może być rozumiany w ten sposób, że jeżeli egzekucja przeciwko spółce może okazać się bezskuteczna, możliwe jest zaspokojenie roszczenia z majątku wspólnika⁸¹.

W związku z tak długim procesem, istotne z punktu widzenia wierzyciela jest zagadnienie przedawnienia. Tutaj objawi się praktyczne znaczenie sporu powstałego na gruncie art. 299 k.s.h., w którym ścierają się dwie koncepcje – odpowiedzialności odszkodowawczej oraz odpowiedzialności gwarancyjnej. Zgodnie z uchwałą 7 sędziów z dnia 7 listopada 2008 r.⁸² do roszczeń wierzycieli spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przeciwko członkom jej zarządu (art. 299 k.s.h.) mają zastosowanie przepisy o przedawnieniu roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym. Sąd Najwyższy przyjął w tym stanowisku, że odpowiedzialność z tytułu art. 299 k.s.h. ma charakter odpowiedzialności odszkodowawczej. W związku z tym zastosować należy art. 442¹ § 1, który przewiduje trzyletni okres przedawnienia rozpoczynający bieg od dnia, w którym poszkodowany dowiedział się, przy zachowaniu należytej staranności, o powstaniu szkody i osobie obowiązanej do jej naprawienia (*a tempore scientiae*) lub gdy od zdarzenia powodującego szkodę minęło więcej niż 10 lat (*a tempore facti*). Ponadto nowelizacją Kodeksu cywilnego z 2007 r. wprowadzono § 2 tego artykułu, który stanowi, że jeżeli czyn niedozwolony jednocześnie stanowi zbrodnię lub występki, to termin przedawnienia wynosi 20 lat. Przyjęty model na gruncie prawa deliktów stanowi swoiste oderwanie od ogólnej regulacji kodeksowej (art. 117 i nast.). Przyjęto model obiektywno-subiektywny (w odróżnieniu od art. 120 k.c., gdzie występuje model obiektywny)⁸³. Regulacja taka jest korzystna dla wierzycieli, skoro zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem judykatury termin przedawnienia biegłby od momentu powstania szkody (art. 120 § 1 zd. 2 k.c.)⁸⁴. Zgodnie z ogólnymi regułami wiedza wierzyciela byłaby bez znaczenia dla biegu terminu przedawnienia. W tym miejscu można się zastanowić, czy jest dopuszczalne przyjęcie, że dochodzenie roszczeń przeciwko spółce

⁸⁰ K. Tapek, *op.cit.*, s. 188.

⁸¹ W. Pyzioł [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. W. Pyzioł, Lex 2008, art. 31, uw. 4.

⁸² Uchwała SN (7) z dnia 7 listopada 2008 r., III CZP 72/08, OSNC 2009, Nr 2, poz. 20.

⁸³ M. Zelek, *Determinanty początku biegu terminu przedawnienia roszczeń w ujęciu prawnoporównawczym*, *Studia prawa prywatnego* 2017, nr 1, s. 26.

⁸⁴ Uchwała SN z dnia 22 listopada 2013 r., III CZP 72/13, OSNC-ZD 2014, Nr 2, poz. 40.

komandytowej powoduje przerwanie biegu terminu przedawnienia przeciwko członkom zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Zgodnie z art. 123 § 1 pkt 1 k.c. bieg terminu przedawnienia ulega przerwaniu przez każdą czynność przedsięwziętą bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia, albo zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia przed organem do tego powołanym (sąd, sąd polubowny i in.). Wydaje się, że zgodnie z zasadami ogólnymi nie jest to możliwe. Członkowie zarządu nie są spółką, jedynie ją reprezentują. Ich odpowiedzialność na zasadzie art. 299 k.s.h. jest osobista, ale i subsydiarna, a więc zależna od bezskuteczności egzekucji z majątku spółki⁸⁵. Co prawda członkowie zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością odpowiadają za zobowiązania zarówno spółki komandytowej, jak i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, co mogłoby być argumentem przemawiającym za zastosowaniem instytucji przerwania biegu przedawnienia. Jednakże, przyjmując pogląd o odszkodowawczym charakterze odpowiedzialności członków zarządu, koniecznym wnioskiem jest, że członkowie zarządu odpowiadają za dług własny, nie za dług sp. z o.o. sp. k. Gdyby ci sami członkowie odpowiadali za dług spółki w sposób gwarancyjny, należałoby uznać, że do takiego przerwania doszło. W przypadku utraty jednej z przesłanek roszczenia – zaskarżalności (co następuje z momentem upływu terminu przedawnienia), po stronie dłużnika pojawia się możliwość podniesienia zarzutu przedawnienia. Skorzystanie z tej możliwości jest „czynieniem użytku ze swojego prawa”⁸⁶. Możliwe jest korzystanie w takim przypadku z art. 5 k.c., co potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z dnia 23 listopada 1996 r.⁸⁷ Chodzi tutaj o przypadki nadużycia zaufania drugiej strony, wykreowanie pozoru w świadomości wierzyciela, że dłużnik ma na celu spełnienie świadczenia. Ponadto wydaje się, że występuje w tym przypadku możliwość powołania się na pominięcie prawnej odrębności podmiotowej spółek. Przytoczono wyżej, że art. 5 k.c. mógłby stanowić środek do zastosowania tejszej doktryny. Należałoby przyjąć, że poziom ochrony członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością – komplementariusza w sp. z o.o. sp. k. – nie jest uzasadniony. Jest możliwe podniesienie art. 5 k.c. w stosunku do zarzutu przedawnienia.

9. Podsumowanie

Sp. z o.o. sp. k. jest jedną z najczęściej dobieraną formą prowadzenia działalności gospodarczej przez średnich przedsiębiorców. Wraz z postępem gospodarczym pojawi się potrzeba jej dostosowania do nowych celów. Na chwilę obecną w piśmiennictwie zwrócono uwagę na prawną dostępność spółki, której nikt nie próbuje już poddawać wątpliwościom, oraz na potrzebę ustawowej regulacji. Jak wskazałem w opracowaniu, nie wydaje się, aby temat został wystarczająco wyczerpany. W judykaturze pojawia się coraz więcej wypowiedzi na temat sp. z o.o. sp. k. Jednoczesna działalność gospodarcza przy pomocy skorelowanej spółki osobowej i kapitałowej nie może przejść bez

⁸⁵ T. Szczurowski [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, Warszawa 2017, art. 299, s. 1206.

⁸⁶ P. Machnikowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis 2017, art. 117, uw. 14.

⁸⁷ Uchwała SN (7) z dnia 29 listopada 1996 r., II PZP 3/96, OSNAP 1997, Nr 14, poz. 249.

echa. Nie zmienia to jednak faktu, że wciąż jest to najbardziej intratna forma dla przedsiębiorców. Dzięki czemu jej zastosowanie z roku na rok staje się co raz większe.

* * *

The Issue of the Construction of a Limited Partnership whose General Partner is a Legal Entity

According to the Polish law there have been a dispute about meaning and admissibility of subtypes which are included and which are not included by Commercial Code. Specially about partnership (borrowed from Germany law) limited liability partnership limited partnership, which is an empirical subtype (i.e. trained by practice) increasingly used in trade. A significant number of medium-sized entrepreneurs choose this form to run a business because of its advantages, like limited liability of partners for the company's obligation and tax benefits. Moreover, this form is easily available thanks to a relatively low amount of share capital, which was reduced to PLN 5000. This subtype is a combination of two companies with a different nature. It leads to various issues connected with a technical registration, company affairs, internal relations between partners and civil liability of the partners. Its application may lead to abuse and the blurring of the legal entity's legal separation, the purpose of which is to ensure the transparency of trade.

Key words: subtypes, empirical, limited liability partnership limited partnership, outline

mgr Krzysztof Bokwa¹

Środkowoeuropejskie *common law*? Prawo zwyczajowe i sędziowskie w Królestwie Węgier w XIX–XX w.

Streszczenie:

Artykuł opisuje kwestię zbadaną i opisaną dotychczas szczerze i fragmentarycznie w literaturze polskiej, jaką są podstawy funkcjonowania systemu dawnego węgierskiego prawa prywatnego. Przedmiotem analizy jest zwłaszcza jego specyficzny charakter, związany z wielką rolą zwyczaju i orzecznictwa. Autor opisuje nietypowe źródła prawa węgierskiego, poczynając od *Tripartitum*. W dalszej kolejności analizowane są burzliwe dzieje prawa węgierskiego w XIX wieku – narzucenie prawa austriackiego po Wiośnie Ludów i powrót do dawnego systemu, przeprowadzony przez Konferencję Judekskuralną z 1861 r. i uchwalone przez nią Tymczasowe Zasady Sądowe. Na końcu omówiona zostaje prawotwórcza rola Sądu Najwyższego (Kurii Królewskiej). Pozwala to na ukazanie wyjątkowego charakteru prawa prywatnego dawnych Węgier, posiadającego blisko tysiącletnią ciągłość i funkcjonującego aż do połowy XX wieku.

Słowa kluczowe: Węgry, prawo węgierskie, prawo zwyczajowe, prawo cywilne, *Tripartitum*, Konferencja Judekskuralna, historia prawa

1. Wstęp

„Polak, Węgier dwa bratanki – i do szabli, i do szklanki”. To powszechnie znane przysłowie oddaje stereotypową przyjaźń i bliskość narodów polskiego i węgierskiego. I choć historia daje wiele przykładów tę przyjaźń potwierdzających, to trudno nie zauważyć, iż mimo wszystko stanowi ona właśnie pewien stereotyp. Dowodzi tego niewątpliwie

¹ Autor jest absolwentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, doktorantem tamże w Katedrze Powszechnej Historii Państwa i Prawa oraz aplikantem adwokackim.

powierzchnowa w wielu aspektach znajomość Węgier i Węgrów w Polsce, potęgowana przez nieprzebytą barierę językową.

Widoczne jest to szczególnie w obszarze prawa. Mimo pozornej bliskości, wiedza o prawie Węgier pozostaje znikoma (pomijając może atrakcyjne medialnie bieżące kwestie ustrojowo-polityczne). Niemal zupełnie nieznaną pozostaje system prawa prywatnego, jaki na terenach węgierskich funkcjonował aż do połowy XX w. – formalnie aż do 1957 r.; był to system wyjątkowy w skali Europy, charakteryzujący się niemal tysiącletnią ciągłością. Wyjątkowe były również jego cechy, pozwalające na snucie porównań z prawem staropolskim czy *common law* – w szczególności kluczowa była rola zwyczaju i orzecznictwa, stanowiąca główny temat niniejszej pracy.

Celem autora będzie zatem próba wypełnienia wyżej opisanej luki. Wydaje się, iż może to mieć walor nie tylko historyczny. Stawiam tezę, iż oryginalność węgierskiego podejścia do prawa może stanowić inspirację również dla współczesnej jurysprudencji, muszącej stawić czoła dynamicznym przemianom rzeczywistości, które coraz mocniej podważają pozytywistyczne spojrzenie na kwestie prawne.

2. *Tripartitum* – *opus magnum* węgierskiego prawa zwyczajowego

Pierwszą z cech przesądzających o wyjątkowości tradycyjnego prawa węgierskiego jest jego ciągłość, datująca się nieprzerwanie od powstania węgierskiej państwowości aż po wiek XX. Za najstarsze pomniki prawa węgierskiego uchodzą zbiory praw i dekretów (głównie z zakresu prawa publicznego), z których najstarszy tradycyjnie przypisywany jest św. Stefanowi, pierwszemu chrześcijańskiemu władcy i pierwszemu królowi Węgier. Kolejne zbiory powstały w XI-XII w., za panowania królów Kolomana i Władysława I². Przez cały okres średniowiecza rozwijało się na ziemiach Korony Świętego Stefana³ prawo zwyczajowe, nie powstała jednak generalna, usystematyzowana regulacja tego rodzaju, jak statuty Kazimierza Wielkiego w Polsce.

Uwieńczeniem procesu kształtowania węgierskiego prawa zwyczajowego był jego całościowy spis – *Tripartitum opus iuris consuetudinarii incliti regni Hungariae* (węg. *Hármaskönyv*), określane skrótowo jako *Tripartitum*. Powstał on w latach 1510–1514 z inicjatywy króla Władysława Jagiellończyka, zaś jego autorem był Stefan (*István*) Verbőczy – przedstawiciel średniej szlachty o słowiańskich korzeniach, wyniesiony do jednej z najwyższych godności – królewskiego personela (tj. najwyższego urzędnika wykonującego prerogatywy królewskie w zakresie sądownictwa).

Będąc w zamyśle autora spisem, a zarazem podręcznikiem dla praktyków, *Tripartitum* miało zawrzeć całość prawa obowiązującego na Węgrzech, uwzględniając partykularyzmy stanowe i terytorialne; co zatem istotne, prawa niezawarte w nim traciły moc. Dzieło Verbőczy'ego składało się z trzech części: pierwsza zawierała szlacheckie prawo prywatne (134 paragrafy), w tym osobowe, spadkowe (ustawowe) i rzeczowe; druga, licząca 86 paragrafów, obejmowała głównie prawo rzeczowe i procesowe; trzecia

² A. Dziadzio, *Powszechna historia prawa*, Warszawa 2009, s. 100–101.

³ Tj. w granicach Węgier historycznych, obejmujących także obecną Słowację, Ruś Karpacką, Siedmiogród, Banat, Wojwodinę, Chorwację i Burgenland.

zaś, oprócz prawa procesowego, zawierała prawa partykularne: miejskie, poddańcze (chłopskie), siedmiogrodzkie i chorwackie.

W 1514 r. *Tripartitum* zostało uchwalone przez sejm węgierski, ale ostatecznie nie zostało promulgowane przez monarchę ze względu na sprzeciw możnowładców, w interesy których godziło. Verbóczy doprowadził jednak do wydania *Tripartitum* drukiem (początkowo prywatnie, w Wiedniu) i rozesłania go do wszystkich komitatów⁴; doprowadził także do wydania ustawy, zarządzającej jego stosowanie⁵. W efekcie jego dzieło – będące, używając dzisiejszej terminologii, „projektem ustawy” – szybko zyskało rangę fundamentu praktyki prawnej, stając się kluczowym elementem zwyczajowego (acz spisane i usystematyzowanego) prawa węgierskiego. Paradoksalnie, urzędowy spis praw zwyczajowych sam stał się więc prawem zwyczajowym; wyjątkiem stał się w okresie późniejszym Siedmiogród, gdzie na podstawie dyplomu cesarza Leopolda II z 1790 r. *Tripartitum* zyskało prawną moc ustawy⁶. Niezależnie od tego, aż do wieku XX było ono uznawane na terenie całych Węgier za źródło prawa równe ustawom; próby wyparcia go przez inne zbiory, bardziej dogodne w dobie umocnienia arystokracji i tendencji centralistycznych (np. *Quadripartitum* z 1554 r.), nie powiodły się⁷.

Tripartitum powstało w ostatnich latach istnienia starego państwa węgierskiego – już dekadę później, na skutek katastrofalnej klęski w bitwie pod Mohaczem w 1526 r. i śmierci króla Ludwika Jagiellończyka, znaczne obszary kraju dostały się pod władzę Turków, w części wschodniej powstało odrębne księstwo Siedmiogrodu, zaś koronę królewską przejęli Habsburgowie. Istnienie *Tripartitum* walczyło przyczyniło się do zachowania odrębności i żywotności starego prawa węgierskiego, utrwalając je i systematyzując, a przez to (przynajmniej w zakresie prawa prywatnego) broniąc przed zastąpieniem przez nowe, obce ustawodawstwo⁸. Stale stanowiło ono główną część kolejnych zbiorów prawa węgierskiego, na czele z *Corpus Iuris Hungarici*, wydawanym od XVII w. prywatnym sumptem, lecz pełniącym rolę nieformalnego dziennika ustaw⁹.

Próby formalnej kodyfikacji, choć podejmowane, były torpedowane przez węgierskie elity – ich inicjatorem była bowiem władza w Wiedniu, centralistyczna, absolutystyczna i niemiecka, a zatem stojąca w całkowitej opozycji do szlacheckiego, zachowawczego ducha Korony Świętego Stefana, jakże bliskiego staropolskiemu. W efekcie system, którego podstawę stanowiły prywatne zbiory prawa zwyczajowego i orzecznictwa, funkcjonował na Węgrzech nieprzerwanie do 1848 r. Jak pisze A. Almási, „węgierskie prawo prywatne było do 1848 r. prawem zwyczajowym,

⁴ Główna jednostka podziału terytorialnego Węgier do XX w., pośrednia między polskimi województwami i powiatami.

⁵ Ustawa nr XXIX z 1519 r.; w węgierskiej tradycji prawnej ustawy (poczynając od średniowiecznych, co podkreśla ciągłość prawną) oznacza się, podając ich rok wydania i numer rzymski. Konwencja ta jest utrzymana w niniejszym artykule.

⁶ A. Almási, *Ungarisches Privatrecht*, Berlin und Leipzig 1924, s. 17; aż do połowy XIX w. Siedmiogród, zamieszkały przez ludność węgierską, niemiecką i rumuńską, cieszył się w ramach Węgier znaczną odrębnością administracyjną, polityczną i prawną.

⁷ *Ibidem*, s. 4, oraz Š. Luby, *Dejiny súkromného práva na Slovensku*, Bratislava 2002, s. 55 i nast.

⁸ *Ibidem*, s. 17.

⁹ J. Beňa, T. Gábriš, *Právne dejiny Slovenska I (do roku 1918)*, Bratislava 2015, s. 24.

opartym na Tripartitum i uzupełnionym nielicznymi ustawami szczególnymi”¹⁰. Sytuację tę zmieniła dopiero rewolucja i nieudany zryw narodowowyzwoleńczy, jaki przyniosła Węgrom Wiosna Ludów.

3. Wiosna Ludów i Konferencja Judekskurialna – rewolucja i kontrrewolucja

Rok 1848, mający burzliwy przebieg w całej Europie, był szczególnie brzemienny w skutki dla Węgier. Powstanie narodowe i wojna o niepodległość, której celem było stworzenie suwerennego państwa węgierskiego, zakończyła się całkowitą i katastrofalną klęską z rąk Austriaków i Rosjan, symbolizowaną przez kapitulację wojsk węgierskich pod Világos w sierpniu 1849 i smutny los „trzynastu męczenników z Aradu” – liderów powstania, na których wykonano wyroki śmierci. W całej monarchii Habsburgów rozpoczął się dziesięcioletni okres neoabsolutyzmu, zwany „erą bachowską”¹¹, szczególnie ostre oblicze przyjmujący na ujarzmionych, pacyfikowanych Węgrzech, których odrębność miała ulec całkowitej likwidacji.

W powyższym celu wprowadzono głębokie zmiany w sferze administracji i polityki; nie ominęły one także prawa. Na podstawie patentu cesarskiego z 29 listopada 1852 r. rozciągnięto na ziemie węgierskie obowiązywanie austriackiego kodeksu cywilnego z 1811 r. (ABGB), w następnych latach także innych ustaw austriackich (prawo wekslowe, górnicze, konkursowe)¹². Co jednak oczywiste, próba siłowego, natychmiastowego wyrugowania rdzennego systemu prawnego i zastąpienia go obcym (nawet jeśli nowocześniejszym i praktyczniejszym) wzbudziła żywy opór i okazała się efemeryczna.

Klęska wojenna we Włoszech w 1859 r. i narastający kryzys wewnętrzny wymusiły głębokie przemiany w państwie Habsburgów. Ich symbolami były dyplom październikowy z 1860 r. oraz patent lutowy z 1861 r. – akty quasi-konstytucyjne, inicjujące przebudowę państwa w kierunku monarchii parlamentarnej i federalnej¹³. Ostatecznym owocem przemian było powstanie w 1867 r. dualistycznej monarchii austro-węgierskiej, w której Węgry uzyskały status faktycznie niezależnego podmiotu, połączonego z Austrią unią realną – udało się zatem osiągnąć całkowite odwrócenie sytuacji z doby neoabsolutyzmu. Proces ten wymagał jednak poparcia elit węgierskich, dla tych zaś warunkiem *sine qua non* pójścia na ugodę (*Ausgleich*) z Habsburgami była m.in. restauracja starego porządku prawnego na Węgrzech.

W tym celu w grudniu 1860 r. cesarz Franciszek Józef zarządził przywrócenie osobnego węgierskiego Sądu Najwyższego, czyli Kurii Królewskiej (*Curia Regia*) pod przewodnictwem najwyższego sędziego królewskiego (węg. *Országbíró*, łac. *iudex curiae*), którym został wybitny przywódca narodowy, hr. György Apponyi. Dla przygotowania propozycji reformy systemu prawnego i sądowego na Węgrzech cesarz zlecił mu zorganizowanie w Peszcie zjazdu, który przeszedł do historii pod nazwą Konferencji

¹⁰ A. Almási, *op.cit.*, s. 4.

¹¹ Od nazwiska ówczesnego premiera, Alexandra von Bacha.

¹² T. Gábriš, *Dočasné súdne pravidlá Judexkuriálnej konferencie z roku 1861*, Bratislava 2011, s. 49 i nast.

¹³ Zob. K. Bokwa, *Ruchy narodowe w monarchii habsburskiej w XIX wieku* [w:] *Nacjonalizm – istota oraz historyczne i współczesne oblicza*, red. J. Malczewski, M. Kaliński, P. Eckhardt, Kraków 2012.

Judekskurialnej¹⁴. Udział wzięło w niej kilkadziesiąt prominentnych osobistości węgierskiego życia prawniczego, gospodarczego i publicznego – w tym przeszło czterdziestu czołowych sędziów i adwokatów, a ponadto kupcy, politycy, uczeni, eksperci górniczy i duchowni¹⁵.

Konferencja Judekskurialna obradowała krótko (od 23 stycznia do 4 marca 1861 r.), lecz intensywnie, odbywając w tym czasie osiemnaście posiedzeń. Zdołała ona wypracować dokument stanowiący podstawę węgierskiego systemu prawnego w następnych dziesięcioleciach. Były to „Tymczasowe Zasady Sądowe”¹⁶, które w założeniu miały stanowić swoistą instrukcję dla sądownictwa co do tego, jak i jakie prawo stosować, nim dokona się osobna, węgierska kodyfikacja.

Tymczasowe Zasady Sądowe liczyły 311 paragrafów, podzielonych na osiem części, dotyczących poszczególnych dziedzin prawa; prawa cywilnego (materialnego i procesowego) dotyczyła część pierwsza, zdecydowanie najobszerniejsza (180 paragrafów)¹⁷. Regulacja Tymczasowych Zasad oparta została na trzech fundamentach:¹⁸

1. Co do zasady w całości przywrócono ważność dawnego prywatnego prawa węgierskiego i jego źródeł sprzed 1848 r., uchylając zarazem regulacje wprowadzone przez władze austriackie po 1849 r., uznając je za nieważne i nieistniejące¹⁹; w całości powróciło zwłaszcza stare prawo rodzinne i spadkowe, oparte na *Tripartitum* (łącznie z różnicami stanowymi, nieobecnymi w ABGB).
2. Pozostały w mocy regulacje ABGB dotyczące sposobu i ważności przeniesienia własności nieruchomości, a także austriackie ustawodawstwo co do ksiąg gruntowych, hipoteki etc., w szczególności ustawa o księgach gruntowych z 1852 r.
3. Pozostało w mocy austriackie prawo górnicze.

Tymczasowe Zasady Sądowe utrzymały ponadto w mocy wybrane patenty cesarskie; nie obowiązywały też na całości ziem Korony Świętego Stefana, a mianowicie na terenach Siedmiogrodu, Banatu, dawnego Pogranicza Wojskowego i w mieście Fiume (Rijeka) pozostał w mocy austriacki porządek prawny, na czele z ABGB. Ta częściowość „prawnej kontrrewolucji” przeprowadzonej przez Konferencję Judekskurialną była historycznie uzasadniona. Wspomniane tereny miały wcześniej systemy prawne znacząco odmienne od „Węgier właściwych”; przywracanie na nich tych partykularyzmów uznano za niecelowe w obliczu planowanej już wówczas centralizacji węgierskiego członu habsburskiej monarchii²⁰.

Tymczasowe Zasady Sądowe stanowią wyjątkowy przykład nie tylko zatrzymania, ale i odwrócenia biegu zdarzeń, jaki miał miejsce w niemal całej Europie w „dobie

¹⁴ Węg. Országbirói értekezlet, niem. *Judexkurialkonferenz*, słow. *Judexkuriálna konferencia*.

¹⁵ T. Gábriš, *Dočasné...*, s. 51.

¹⁶ Węg. *Ideiglenes törvénykezési szabályok*; słow. *Dočasné súdne pravidlá*.

¹⁷ T. Gábriš, *Dočasné...*, s. 119 i nast.

¹⁸ T. Gábriš, *Edition of the Provisional Judicial Rules of the Judex-Curial Conference from 1861 and the Methodology of Editions of Historical Legal Sources*, *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa* 2014, t. 7, z. 3, s. 475–476.

¹⁹ A. Almási, *op.cit.*, s. 20.

²⁰ *Ibidem*, s. 5.

wielkich kodyfikacji”, jak zwykło się określać XIX wiek. Na ich bazie skutecznie i trwale (na okres blisko stulecie!) przeprowadzono „de-unifikację”²¹ prawa na znacznym obszarze monarchii Habsburgów, i to poprzez powrót do archaicznego prawa zwyczajowego. Jest to sytuacja bezprecedensowa w skali Europy.

Warto jednak zauważyć, iż niektóre normy prawa austriackiego, niezależnie od ich generalnego uchylecia na podstawie Tymczasowych Zasad, utrzymały swoją moc wiążącą – co paradoksalne – na gruncie przywróconego starego węgierskiego prawa zwyczajowego. W praktyce bowiem wciąż stosowano pomocniczo niektóre regulacje austriackie, uzupełniając w ten sposób dawne prawo, niekiedy nieadekwatne w dobie coraz szybszego rozwoju społecznego i gospodarczego. W efekcie obce, narzucone ustawodawstwo zostało inkorporowane do systemu prawa prywatnego Węgier, niewątpliwie ukazując jego żywotność i elastyczność²².

Tymczasowe Zasady Sądowe, jak to bywa z rozwiązaniami prowizorycznymi, stały się kamieniem węgielnym węgierskiego prawa prywatnego przez blisko stulecie – przetrwały pierwszą wojnę światową i na terenie Węgier okrojonych traktatem z Trianon z 1920 r. w pełni obowiązywały aż do okupacji sowieckiej w 1945 r., a formalnie aż do wprowadzenia w 1957 r. komunistycznego kodeksu cywilnego; do 1950 r. zachowały także moc prawną na terenie Słowacji. Tak późne skodyfikowanie prawa prywatnego na tych ziemiach jest na tle Europy kontynentalnej wyjątkowe. Sytuacja taka wynikała z niepowodzenia projektów kodyfikacji węgierskiego prawa cywilnego materialnego²³, pomimo podejmowanych wysiłków i znacznego zaawansowania prac nad kodyfikacją, trwających od XIX w., lecz przeciętych przez wybuch Wielkiej Wojny w roku 1914.

4. Wyjątkowy charakter Tymczasowych Zasad Sądowych jako źródła prawa

Sporny pozostaje charakter prawny Tymczasowych Zasad Sądowych. By go rozstrzygnąć, należy w pierwszej kolejności pochylić się nad rodzajami źródeł prawa stanowionego w dawnym prawie węgierskim (do 1945 r.). Jak przyjmowano już w XIX wieku, podstawowym aktem prawa stanowionego była ustawa; miała ona moc wiążącą równą ugruntowanym normom prawa zwyczajowego. „Ustawą węgierską w rozumieniu formalnym jest akt prawny zgodny z konstytucją, zgodnie przyjęty przez obie izby węgierskiego parlamentu oraz usankcjonowany i promulgowany przez koronowanego króla Węgier”²⁴. Na uwagę zasługuje zwłaszcza ostatni wymóg, formalnie aktualny aż do upadku Królestwa Węgier 1945 r. (choć zawieszony w 1920 r.). To właśnie ze względu nań Tymczasowe Zasady Sądowe nie mogły uzyskać rangi ustawowej – cesarz Franciszek Józef koronowany został na króla Węgier dopiero w 1867 r.²⁵

W dalszej kolejności wyróżniano rozporządzenia – w dobie konstytucyjnej, tj. po 1867 r., były to akty, wydawane przez króla lub parlament na podstawie ustawy lub

²¹ Takiego określenia używa T. Gábris, *Dočasné...*, s. 50.

²² A. Almási, *op.cit.*, s. 21.

²³ Postępowanie cywilne skodyfikowano ustawą nr LIV z 1868 r., a następnie ustawą nr I z 1911 r.

²⁴ Tak A. Almási, *op.cit.*, s. 21, opierając się na ustawie nr XII z 1790 r.

²⁵ *Ibidem*, s. 19.

normy zwyczajowej (!). Zawierały one nie tylko normy wykonawcze, ale również uzupełniać miały prawo zwyczajowe – rola szczególnie istotna wobec braku kodyfikacji²⁶. Ponadto wyróżniano statuty i przywileje jako szczególne źródła prawa prywatnego, już u progu XX wieku będące jednak aktami wyjątkowymi i archaicznymi²⁷.

Tymczasowe Zasady Sądowe zostały w formie rezolucji zaakceptowane przez obie izby parlamentu i potwierdzone przez monarchę, następnie zaś Kuria Królewska w pełnym składzie uchwaliła natychmiastowe ich zastosowanie do wszystkich spraw sądowych aż do czasu uchwalenia nowych regulacji prawnych. Na koniec ich egzemplarze zostały rozesłane do wszystkich gmin na Węgrzech, które powszechnie uznały Tymczasowe Zasady Sądowe jako obowiązujące źródło prawa²⁸.

Mając na uwadze powyższe, można już na pierwszy rzut oka stwierdzić, iż Tymczasowe Zasady Sądowe nie mieściły się w kategorii żadnego z wcześniej wymienionych węgierskich źródeł prawa stanowionego. Być może zatem stanowiły one szczególny przykład normy prawa zwyczajowego, analogicznej do *Tripartitum* – a zatem powstałej w sposób typowy dla aktów prawa stanowionego, jednakże stworzonej przez organ inny niż ustawodawczy i niepromulgowanej; w efekcie obowiązywały tylko na zasadzie prawa zwyczajowego²⁹.

Z drugiej strony zauważa się jednak, że skoro Tymczasowe Zasady Sądowe derogowały na Węgrzech prawo austriackie, przywracając system prawny sprzed 1848 r. ze skutkiem *ex nunc*, to nie sposób uznać ich za element prawa zwyczajowego. Jest bowiem jasne, że zwyczaj dla nabrania mocy prawnej potrzebuje czasu, zatem na jego podstawie nie mogło dojść do natychmiastowej zmiany całego systemu prawnego, jak to się faktycznie stało. Porównanie do *Tripartitum* jest zaś chybione o tyle, że Tymczasowe Zasady Sądowe stanowiły całkowicie nową, (kontr)rewolucyjną regulację, nie zaś spisanie praw już ugruntowanych poprzez zwyczaj. Z braku innej możliwości zasadnej może być zatem traktowanie Tymczasowych Zasad jako źródła prawa *sui generis*, niemającego żadnych odpowiedników³⁰. Jest to rozwiązanie akceptowalne, jeśli wziąć pod uwagę zwyczajowy charakter dawnego prawa węgierskiego, pociągający za sobą otwartość katalogu źródeł prawa.

5. Kuria Królewska, czyli orzecznictwo w systemie prawa węgierskiego

Poczesna rola zwyczaju w węgierskim systemie prawnym pociągała za sobą nieuchronnie dużą rolę orzecznictwa³¹. Zwyczaj staje się však „prawem zwyczajowym” na skutek jego uznawania i stosowania przez strony stosunków prawnych i przez organy sądowe. Rolę tę dostrzeżono i usankcjonowano już w czasach Marii Terezy, gdy wydany został pierwszy oficjalny zbiór wyroków Kurii Królewskiej, znany

²⁶ *Ibidem*, s. 23.

²⁷ *Ibidem*, s. 24–26.

²⁸ *Ibidem*, s. 19.

²⁹ Tak przeważająca część teoretyków i historyków; zob. np. A. Almási, *op.cit.*, s. 19–20.

³⁰ Zob. T. Gábriš, *Dočasné...*, s. 55 i nast.

³¹ Š. Luby, *op.cit.*, s. 86.

jako *Planum Tabulare*³². Rolę orzecznictwa, drastycznie ograniczoną przez dekadę obowiązywania prawa austriackiego, przywróciły Tymczasowe Zasady Sądowe. Tę prawotwórczą rolę sędziów pośrednio potwierdziła, wydana już po utworzeniu Austro-Węgier, ustawa nr IV z 1869 r., która stanowiła w § 19, że sędzia sędzić ma na podstawie ustaw, następnie zwyczajów, którym przypisuje się moc ustawową, i wreszcie rozporządzeń.

Ważne *novum* wprowadziła ustawa nr LIX z 1881 r. Stanowiła ona, że rozstrzygnięcia w kwestiach spornych w prawie mają być podejmowane w plenarnych składach senatów cywilnych Kurii Królewskiej. Była to więc instytucja podobna do uchwał Sądu Najwyższego, obecnych we współczesnym polskim systemie prawnym, ale o znacznie większej wadze – rozstrzygnięcia Kurii w kwestiach prawa zwyczajowego miały od tego momentu ustawowo zagwarantowaną, powszechnie wiążącą moc prawną. Ustawa nr XXV z 1890 r. rozszerzyła te uprawnienia – również sądy wyższe (*tabulae*, odpowiedniki sądów apelacyjnych) mogły wydawać uchwały rozstrzygające określone kwestie, wiążące jednak tylko sądy niższych instancji, należące do ich okręgów.

Przejawem dążenia do dalszej unifikacji prawa były przepisy ustawy nr LIV z 1912 r. (w szczególności § 70–79). W istotny sposób reformowała ona prawotwórczą rolę sądownictwa, zastrzegając wydawanie wiążących uchwał dla Kurii Królewskiej, istotnie przy tym poszerzając jej kompetencje. W ramach Kurii utworzone zostały cztery senaty unifikacyjne dla poszczególnych gałęzi prawa (cywilne, ziemskie i urbarskie, handlowe i gospodarcze, karne), każdy w składzie prezydenta oraz dziesięciu sędziów.

Senaty te mogły wydawać pięć rodzajów uchwał:³³

1. Uchwały zwykłe – w pojedynczych kwestiach, wiążące tylko w danej sprawie, acz pośrednio wpływające na orzecznictwo – a zatem standardowe orzeczenia kasacyjne.
2. Uchwały zasadnicze (*elvi határozat*) – wybrane uchwały w pojedynczych kwestiach, publikowane w zbiorze orzeczeń (*Polgárjogi Határozatok Tára*) i wiążące dla samej Kurii – dla zmiany ustalonej w ten sposób normy konieczne było wydanie uchwały unifikacyjnej.
3. Uchwały unifikacyjne (*jogegységi döntvény*) – powszechnie wiążące, rozstrzygały już nie w konkretnej sprawie, ale określoną, ogólną kwestię prawną; wydawane przez właściwy senat unifikacyjny, tworzyły normę o randze równej ustawowej i mogły być zmienione tylko uchwałą plenarną, ustawą lub zwyczajem (!).
4. Uchwały plenarne (*teljesülési határozat*) – przewidziane już w regulacji z 1881 r., wydawane przez połączone senaty unifikacyjne; wniosek o wydanie takiej uchwały mógł złożyć prezes Kurii, minister sprawiedliwości albo 2/3 sędziów któregoś z sądów wyższych; mogły rozstrzygać ogólną kwestię prawną lub zmieniać uchwałę unifikacyjną, zaś ich znaczenie było wyższe od uchwał unifikacyjnych ze względu na to, że zmienić uchwałę plenarną można było jedynie na drodze uchwały kwalifikowanej.
5. Kwalifikowane uchwały plenarne – uchwalane kwalifikowaną większością głosów połączonych senatów, mogły uchylać albo zmieniać uchwały plenarne.

³² Pełny tytuł: *Planum Tabulare sive decisiones curiales per Exe Deputationem a piae memoriae Imperatrice et regina Hungariae Diva Maria Theresia eatenus ordinatam collectae in ordinem redactae anno 1769.*

³³ Ś. Luby, *op.cit.*, s. 96–97.

Uchwały opisane w punktach 3–5 miały moc powszechnie obowiązującą – stanowiły nowy typ źródła prawa *sui generis*, określane jako „decyzja”, o randze równej ustawie; przestrzegać ich musiały wszystkie sądy na obszarze Węgier³⁴. Ze względu na wybuch pierwszej wojny światowej ustalony w ten sposób porządek prawny (niewątpliwie wyjątkowy i oryginalny) na większej części ziem Korony Świętego Stefana przetrwał jednak tylko sześć lat. Klęska wojenna i rozbiór Węgier, przeprowadzony traktatem w Trianon z 1920 r.³⁵, nie zniweczyły obowiązywania dawnego prawa na ziemiach oderwanych, jednakże – co oczywiste – ich sądownictwo nie podlegało już budapeszteńskiej Kurii.

6. Podsumowanie

Upadek Austro-Węgier stanowił także początek zmierzchu starego prawa węgierskiego. Formalnie co prawda Królestwo Węgier istniało przez całe międzywojnie (faktycznie, jako regent, rządził nim admirał Horthy) i w latach 1938–41 zdołało nawet odzyskać część utraconych ziem; był to już jednak łabędzi śpiew. Gwoździem do trumny starych Węgier i ich systemu prawnego była druga wojna światowa i zaprowadzenie na sowieckich bagnietach reżimów komunistycznych w państwach władających terenami dawnej Korony Świętego Stefana. Rychło poskutkowało ono całkowitym wyrugowaniem „reakcyjnych złogów”, czego przypieczętowaniem była pierwsza węgierska kodyfikacja prawa cywilnego z 1957 r., oparta na wzorcach sowieckich.

System prawny zarysowany w niniejszej pracy jest dziś niewątpliwie domeną historii prawa. Czym jednak był dla Węgier, a czym może być dla prawnika współczesnego? Trzeba zgodzić się z twierdzeniem, iż „Węgry mają (...) pełne prawo, by, doceniając wpływy niemieckie, traktować swoje prawo zwyczajowe jako wytwór własnego, narodowego ducha – z uwagi na jego zawartość, jego rozwój i skład, lecz także z uwagi na tysiącletnią twórczą pracę, jaką poświęcił mu węgierski naród i jego uczeni”³⁶. I choć można żałować, że tak wielka, bogata i wyjątkowa tradycja prawna jest już nieodwołalnie martwa – jednak nie powinno budzić wątpliwości, że refleksja nad nią może być twórcza i owocna także dla europejskiego prawnika w XXI w., gdy z jednej strony zachodzi konwergencja systemu *common law* i kontynentalnego, zaś z drugiej – postępuje dekodyfikacja. Albowiem *Historia magistra vitae est* – również dla prawników.

* * *

Central European *Common Law*? Custom and Judge-Made Law in the Kingdom of Hungary in the 19th–20th Centuries

The paper discusses the topic almost absent in the present-day Polish historical research: a phenomenon of the old-Hungarian private law and its foundations. Especially its specific character

³⁴ J. Beňa, T. Gábriš, *op.cit.*, s. 25.

³⁵ Data jego podpisania, tj. 4 czerwca, do dziś bywa na Węgrzech traktowana jako dzień narodowej żałoby.

³⁶ A. Almási, *op.cit.*, s. XI.

is analysed, connected to a major role played by custom and judge-made law. The author depicts atypical sources of Hungarian law, beginning with *Tripartitum*. Afterward, a turbulent history of Hungarian law in the 19th century is described and specifically the enforcement of Austrian law after the revolution of 1848 and recreation of the old legal system as executed by Judicial Conference of 1861 through the Provisional Judicial Rules. Finally, a law-making role of the Hungarian Supreme Court (Royal Curia) is depicted. That allows to show an exceptional character of the old-Hungarian private law, with its almost millennial continuity and functioning until the mid-20th century.

Key words: Hungary, Hungarian law, customary law, civil law, *Tripartitum*, Judexcurial Conference, legal history

mgr Michał Synowiec¹

Uprawnienia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w stadium organizacji w kontekście sukcesji na gruncie prawa spadkowego

Streszczenie:

Tematem niniejszego artykułu jest problematyka uprawnień spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w stadium organizacji w kontekście przepisów prawa spadkowego. Celem opracowania jest przeprowadzenie analizy prawnej obejmującej ocenę przysługującej temu podmiotowi zdolności dziedziczenia oraz jej relacji do posiadanej przez niego zdolności prawnej. Co więcej, rozważania uwzględniają także zagadnienia związane z naturą spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w stadium organizacji, jak również ocenę wykładni norm prawnych, wynikających z przepisów kodeksu spółek handlowych oraz kodeksu cywilnego (w części dotyczącej prawa spadkowego). Wszechstronna analiza przedmiotowego zagadnienia wskazuje ponadto na osobiste przemyślenia autora co do oceny przysługujących spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji praw z perspektywy podmiotu uprawnionego do dziedziczenia.

Słowa kluczowe: spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, dziedziczenie, prawo spadkowe, spółka kapitałowa, zdolność dziedziczenia

1. Wprowadzenie

Dokonana w Polsce z końcem XX wieku transformacja ustrojowa w istocie zrewolucjonizowała model prowadzenia ówczesnej działalności gospodarczej. Dynamiczny rozwój ekonomiczny przyczynił się do tworzenia nowych modeli biznesowych,

¹ Student na kierunku prawo (V rok), absolwent kierunku administracja, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

opartych w głównej mierze na działalności wykonywanej w ramach spółek prawa handlowego. Obecnie, po upływie blisko 20 lat funkcjonowania regulacji prawnej zawartej w przepisach Kodeksu spółek handlowych², jednym z zagadnień, które odgrywają szczególną rolę w kontekście wykonywania działalności gospodarczej, jest należyte uregulowanie sukcesji praw przysługujących poszczególnym przedsiębiorcom. Celem niniejszego artykułu jest przeprowadzenie analizy prawnej oceny zdolności dziedziczenia spadku przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w stadium organizacji (dalej jako: spółka z o.o. w organizacji), jako alternatywnej metody sukcesji posiadanych przez spadkodawcę praw. Przedmiotowa konstrukcja, w przypadku uznania jej za dopuszczalną, mogłaby stanowić niekonwencjonalne rozwiązanie umożliwiające dziedziczenie praw po zmarłym testatorze, konkurencyjne m.in. ze względów podatkowych, w przypadku spadkobrania praw własności intelektualnej (np. praw ochronnych na znaki towarowe, patenty i wzory użytkowe lub praw z rejestracji na wzory przemysłowe) przysługujących spadkodawcy, które docelowo miałyby stanowić wkład niepieniężny podmiotu mającego zostać w przyszłości współnikiem nowo zawiązanej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

2. Charakter prawny spółki z o.o. w organizacji

Już od dłuższego czasu tematem szerokich rozważań w literaturze stała się problematyka charakterystyki prawnej podmiotów, które należą do kategorii spółek kapitałowych będących w stadium organizacji³. Poglądem obecnie dominującym w tej materii wydaje stanowisko, zgodnie z którym spółki te powinny zostać uznane za jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej⁴ (w rozumieniu art. 33¹ k.c.⁵) z uwagi na ich konstrukcję, zbliżoną w rzeczywistości do spółek osobowych, zaliczanych do przedmiotowej kategorii podmiotów. Konstatacja ta wynika bezpośrednio z regulacji zawartej w treści art. 11 § 1 k.s.h., która przyznaje spółkom kapitałowym w stadium organizacji zdolność prawną oraz zdolność do czynności prawnych. Istota funkcjonowania tej kategorii podmiotów skłania zatem ku przyjęciu, że ich charakter w większym stopniu przypomina pod względem prawnym jedną ze spółek osobowych prawa handlowego (np. spółkę jawną), niż typową spółkę kapitałową, jaką jest np. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością po swoim zarejestrowaniu. Dodatkowo należy wskazać, że spółka z o.o. w organizacji postrzegana jest jako specyficzny byt prawny, który stanowi obligatoryjny etap organizacyjny tworzenia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (jako spółki właściwej). Etap ten ma charakter jedynie

² Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2000, Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.); dalej jako: k.s.h. lub Kodeks spółek handlowych.

³ Zamiast wielu zob. S. Włodyka, *Podmiotowość prawna osobowych spółek handlowych oraz kapitałowych spółek w organizacji (ułamne osoby prawne)* [w:] *System Prawa Handlowego. Prawo spółek handlowych. Tom II*, red. S. Włodyka, Warszawa 2012, s. 168 i nast.

⁴ Szerzej zob. M. Tarska, *Podmiotowość spółki kapitałowej w organizacji*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2001, nr 5, s. 2 i nast.

⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964, Nr 16, poz. 93 ze zm.); dalej jako: k.c. lub Kodeks cywilny.

przejęciowy i występować będzie do czasu pełnego zarejestrowania spółki, a tym samym uzyskania przez nią osobowości prawnej⁶.

Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 161 § 1 k.s.h. spółka z o.o. w organizacji powstaje z chwilą zawarcia umowy spółki, przez co staje się ona wówczas podmiotem stosunków cywilnoprawnych. Od tego właśnie momentu (jej zawiązania) posiada ona zdolność prawną, zdolność do czynności prawnych, zdolność sądową oraz zdolność upadłościową. Cechą charakterystyczną jest również to, iż podmiot ten posiada *de facto* wyodrębnienie organizacyjne i majątkowe, jak również działa pod własną firmą⁷. Konieczne jest równocześnie wskazanie, że co prawda spółka z o.o. w organizacji posiada zdolność prawną oraz zdolność do czynności prawnych, niemniej jednak nie posiada osobowości prawnej, która stanowi cechę dystynktywną w kontekście funkcjonowania zarejestrowanych spółek kapitałowych. Osobowość prawna nabywana jest przez spółkę z o.o. w organizacji dopiero z chwilą uzyskania przez nią wpisu do krajowego rejestru sądowego⁸. Charakter regulacji przewidzianej w przepisach Kodeksu spółek handlowych skłania więc do przyjęcia, że wpis ten nie posiada jedynie waloru deklaratoryjnego, bowiem nie potwierdza istniejącego już stanu prawa. Wpis spółki do rejestru posiada zatem charakter konstytutywny⁹, przez co jego dokonanie skutkuje powstaniem nowej osoby prawnej – w analizowanym przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

3. Dziedziczenie przez osoby prawne na gruncie prawa polskiego

Polskie przepisy prawa spadkowego przewidują możliwość powołania spadkobierców na dwa niezależne sposoby (art. 926 k.c.). Pierwszym z nich jest dziedziczenie ustawowe, drugim zaś dziedziczenie testamentowe. Na wstępie należy przy tym zaznaczyć, że sposobność dziedziczenia przez różne kategorie podmiotów – czy to osoby fizyczne czy też prawne – została odmiennie uregulowana na gruncie każdego ze wskazanych tytułów powołania do spadku.

W ramach dziedziczenia ustawowego, krąg adresatów uprawnionych do dziedziczenia po zmarłym spadkobiercy został przez ustawodawcę ściśle określony w art. 931–940 k.c. Zgodnie z treścią przywoływanych przepisów zasadą jest, że podmiotami legitymowanymi do objęcia spadku będą osoby fizyczne spokrewnione lub powinowacane ze zmarłym. Wyjątkiem od tej zasady jest wskazanie w przepisach ustawy (art. 935 k.c.) tzw. spadkobierców koniecznych, którymi są gmina ostatniego miejsca zamieszkania spadkobiercy oraz Skarb Państwa. Dziedziczenie ustawowe nie przewiduje tym samym regulacji w przedmiocie dziedziczenia spadku przez inne niż gmina oraz Skarb Państwa osoby prawne (np. spółki handlowe, spółdzielnie).

⁶ Por. *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, red. A. Kidyba, Warszawa 2004, s. 148–149.

⁷ J. Frąckowiak, *Komentarz do art. 11 Kodeksu spółek handlowych [w:] Kodeks spółek handlowych. Tom I. Komentarz do art. 1–150*, red. A. Kidyba, LEX/el 2017.

⁸ Por. treść art. 163 k.s.h. oraz art. 12 § 1 k.s.h.

⁹ Tak m.in. S. Włodyka, *Wpis do rejestru. Odesłanie [w:] System Prawa Handlowego. Prawo spółek handlowych. Tom II*, red. S. Włodyka, Warszawa 2012, s. 166.

Dziedziczenie testamentowe zostało uregulowane w sposób odmienny. Zgodnie z treścią art. 927 § 1 k.c. zasadą jest, że spadek pozostawiony przez spadkobiercę może zostać objęty na mocy sporządzonego przez spadkodawcę testamentu zarówno przez osobę fizyczną, która żyje w chwili otwarcia spadku¹⁰, jak również osobę prawną, pod warunkiem jednak, że istnieje ona w momencie otwarcia spadku. W stosunku do możliwości dziedziczenia testamentowego przez osoby prawne ustawodawca przewidział wprost jeden wyjątek od obowiązującej reguły, to jest przyznał on zdolności do dziedziczenia spadku fundacji, która w chwili otwarcia spadku jeszcze nie istnieje, jednakże powstanie w przeciągu 2 lat od ogłoszenia testamentu (art. 927 § 3 k.c.).

Zgodnie więc z uwagami zaprezentowanymi powyżej, polskie przepisy regulujące kwestie prawa spadkowego w żaden sposób nie przewidują wprost unormowania kwestii dziedziczenia spadku przez podmioty niebędące osobami fizycznymi, bądź osobami prawnymi. Poza zagadnieniami literalnie określonymi w przepisach Kodeksu cywilnego, dotyczącymi dziedziczenia, pozostaje zatem status podmiotów uznawanych powszechnie za jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej w rozumieniu art. 33¹ k.c., a co za tym idzie, także spółek kapitałowych funkcjonujących w stadium organizacji.

4. Ocena zdolności dziedziczenia przez spółkę z o.o. w stadium organizacji

Atrybutem, który faktycznie determinuje możliwość spadkobrania przez poszczególne podmioty, jest zdolność dziedziczenia, określająca ich prawa oraz obowiązki w ramach spadkobrania. Kluczową kwestią na gruncie przedmiotowych rozważań jest zatem określenie zakresu pojęciowego tej zdolności oraz jej relacji w stosunku do zdolności prawnej, o której mowa w przepisach Kodeksu cywilnego.

Powszechnie przyjmuje się, iż poprzez zdolność dziedziczenia rozumie się zdolność do bycia spadkobiercą, a więc zdolność do bycia podmiotem uprawnionym do objęcia spadku po swoim testatorze¹¹. Taka interpretacja pojęcia skłania zatem ku przyjęciu, że podmiot legitymujący się przedmiotową zdolnością jest w stanie odziedziczyć przypadający mu spadek niezależnie od tytułu swojego powołania do niego. Przedmiotowa interpretacja wpływa zatem bezpośrednio na określenie zakresu relacji pojęciowej, zachodzącej pomiędzy zdolnością dziedziczenia oraz zdolnością prawną. Zważywszy na treść zdolności dziedziczenia należy przyjąć, iż pojęcie to jest pojęciem znacznie węższym w kontekście pojmowania zdolności prawnej¹². Zdolność dziedziczenia stanowi jedynie wąski ułamek zdolności prawnej, która posiadana jest przez dany podmiot w ramach przysługujących mu uprawnień. Takie stanowisko uprawnia zatem

¹⁰ Należy także wskazać, że dziedzicem może być również nasciturus, pod warunkiem, że urodzi się żywy (art. 927 § 2 k.c.). Szerzej na ten temat zob. A. Dyoniak, *Pozycja nasciturusa na obszarze majątkowego prawa prywatnego*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1994, nr 3, s. 49–61.

¹¹ W doktrynie wskazuje się również, iż poprzez zdolność dziedziczenia rozumieć można „zdolność nabywania praw i obowiązków drogą dziedziczenia”. Zob. J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1972, s. 67.

¹² Zob. *Prawo Spadkowe. System Prawa Prywatnego. Tom X*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2015, s. 164–166.

do stwierdzenia, że co do zasady każdy podmiot, który posiada zdolność prawną, posiada również zdolność dziedziczenia, stanowiącą w rzeczywistości jej drobny wycinek¹³.

Z jednej strony spółka z o.o. w organizacji posiada zdolność prawną, a więc powinna posiadać również zdolność do dziedziczenia, która stanowić miałaby jej integralną część, jako jeden z przysługujących spółce atrybutów. Z drugiej jednak strony należy wskazać, że literalne brzmienie art. 927 § 1 k.c. w bezpośredni sposób wskazuje katalog podmiotów uprawnionych z tytułu spadkobrania do objęcia spadku. Norma prawna wynikająca z treści art. 927 k.c. stanowi, iż osobami prawnymi zdolnymi do objęcia spadku są jedynie podmioty istniejące w chwili jego otwarcia (w kontekście podmiotów innych niż osoby fizyczne), a od reguły tej istnieje tylko jeden wyjątek obejmujący nieistniejące fundacje. W ramach analizowanego zagadnienia konieczne wydaje się więc odwołanie do racjonalności ustawodawcy oraz tworzonych przez niego przepisów. Skoro prawodawca w ramach tworzenia uregulowanego obecnie wyjątku, dotyczącego osoby prawnej jeszcze nieistniejącej, zdecydował się na bezpośrednie unormowanie przedmiotowej kwestii, to również w ramach rzeczywistej chęci ustanowienia dalszych odstępstw w przedmiocie dziedziczenia testamentowego powinien on ustanowić odpowiednią regulację, obejmującą np. spółki kapitałowe w stadium organizacji, tworząc kolejny paragraf w treści art. 927 k.c. Równocześnie należy mieć także na względzie, iż zgodnie z zasadami prawidłowych technik legislacyjnych, ustawodawca nie powinien tworzyć przepisów kazuistycznych, które osłabiają w rzeczywistości jakość legislacji¹⁴, z tego też względu pominięcie kwestii regulacyjnych dotyczących statusu spółki z o.o. w organizacji wydaje się być w pełni usprawiedliwione i zrozumiałe.

Zgodnie z uwagami zaprezentowanymi uprzednio, spółka z o.o. w organizacji stanowi specyficzny podmiot praw i obowiązków, który funkcjonuje w obrocie jako pierwszy etap zakładanej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością¹⁵. Uzasadnione jest więc, iż ustawodawca, w ramach przygotowywania przepisów regulujących sytuację prawną tego podmiotu, zdecydował się jedynie na szcątkową jej regulację w przepisach Kodeksu spółek handlowych. Tym samym, zgodnie z treścią art. 11 § 2 k.s.h., w kwestiach nieuregulowanych, dotyczących działalności spółki z o.o. w organizacji, odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy dotyczące spółki z ograniczoną odpowiedzialnością po dokonaniu jej wpisu do właściwego rejestru. Odpowiedniość stosowanej regulacji polega w rzeczywistości na stosowaniu pewnych przepisów wprost, pewnych w formie zmodyfikowanej (właściwie dostosowanej do tego etapu działalności spółki

¹³ *Ibidem*, s. 164.

¹⁴ W ramach przedmiotowych rozważań możliwe jest także wskazanie, iż w celu uniknięcia zbędnej regulacji w kontekście dalszych wyjątków dotyczących dziedziczenia testamentowego przez jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, ustawodawca celowo nie rozbudowywał treści art. 927 k.c., a jego intencją m.in. w zakresie dopełnienia regulacyjnego dotyczącego tej kategorii podmiotów i możliwości przez nich spadkobrania było odwołanie się do tego zagadnienia poprzez klauzulę generalną umieszczoną w art. 33¹ k.c.

¹⁵ W doktrynie reprezentowane są również poglądy, zgodnie z którymi spółka z o.o. w organizacji stanowi podtyp spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Zob. A. Szumański, I. Weiss, *Powstanie spółki z o.o.* [w:] W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Warszawa 2016, s. 284.

kapitałowej), a pewnych w ogóle, z uwagi na ich sprzeczny charakter z istotą spółki z o.o. w organizacji¹⁶. Postanowienia art. 11 § 2 k.s.h. stanowią zatem pole do dyskusji opartej na konkurencyjnych względem siebie poglądach. Z jednej strony możliwe jest bowiem argumentowanie, iż odpowiedniość stosowania przepisów obejmujących działalność spółki po jej rejestracji jest uzasadniona z uwagi na etap funkcjonowania przyszłej spółki kapitałowej. Z drugiej jednak strony należy zauważyć, że fakt odpowiedniego zastosowania przepisów obejmujących spółki kapitałowe po ich rejestracji może stać w rzeczywistej sprzeczności do literalnej regulacji przepisów Kodeksu cywilnego (w zakresie prawa spadkowego) oraz Kodeksu spółek handlowych (w zakresie statusu spółki z o.o. w organizacji jako „niepełnej” osoby prawnej).

Niezależnie jednak od przyjętej „odpowiedniości” stosowania regulacji na gruncie prawa handlowego, konieczne jest równoległe uwzględnienie funkcjonujących norm prawnych w ujęciu systemowym oraz odwołanie się do zasad właściwych *stricte* dla prawa spadkowego. Decydujące wydaje się zatem przeanalizowanie, czy powoływanie się na treść art. 11 § 2 k.s.h. nie rodzi zbyt daleko idących konsekwencji w kontekście obowiązujących norm z zakresu prawa do dziedziczenia, poprzez przyznanie spółce z o.o. w organizacji statusu podmiotu zdolnego do objęcia zapisanego mu spadku.

Nietypowy charakter spółki z o.o. w organizacji polegać będzie nie tylko na utworzeniu stosownej fikcji prawnej w kontekście tworzenia nowego podmiotu prawa. Nietypowym jest także fakt, iż byt prawny tej kategorii podmiotów nie posiada charakteru pewnego, to jest niemożliwe wydaje się przesądzenie, że każda ze spółek funkcjonujących w stadium organizacji przekształci się w przyszłości w osobę prawną¹⁷ lub jej charakter nadany treścią umowy spółki nie ulegnie w przyszłości zmianie. Konstatacja ta wynika z faktycznego braku konieczności zgłoszenia spółki do rejestru. Przedmiotowa kwestia pozostaje więc w dyskrejonalnej decyzji zarządu reprezentującego spółkę na zewnątrz (art. 164 § 1 k.s.h.). W przypadku niezgłoszenia spółki do rejestru dojdzie wówczas do tzw. „zwinięcia spółki”, a jej dalsza rejestracja i „przedłużenie” istnienia staną się w gruncie rzeczy niemożliwe¹⁸. Ponadto, o ile w ramach spółki z o.o. w organizacji niemożliwe jest zbycie udziałów przysługujących wspólnikom, o tyle modyfikacji ulec może sama umowa spółki¹⁹, która mogła stanowić potencjalną przesłankę, jaką kierował się testator w ramach ustanawiania swojego dziedzica. Z tego też względu dokonanie zmian w treści umowy spółki mogłoby powodować utratę podstawy uzasadniającej nadanie odpowiedniej treści testamentowi. Niemniej jednak wydaje się, że niepewny byt prawny spółki z o.o. w organizacji nie powinien *a priori* stanowić przeszkody w kontekście przyznania tej spółce zdolności dziedziczenia spadku. Spadkodawca rozrządzający przysługującymi mu prawami, ustanawiając swoim dziedzicem

¹⁶ O zasadach odpowiedniego stosowania przepisów zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2008 r., V CSK 377/07, nr LEX: 368447.

¹⁷ Zob. A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 11 Kodeksu spółek handlowych* [w:] *Komentarz aktualizowany do art. 1–300 Kodeksu spółek handlowych*, LEX/el 2017.

¹⁸ Zob. S. Włodyka, *Podmiotowość...*, s. 1369 i nast.

¹⁹ Szerzej na temat dopuszczalności oraz sposoby zmiany umowy spółki będącej w stadium organizacji zob. A. Barczak-Oplustil, K. Oplustil, *Spółki kapitałowe w stadium organizacji*, Warszawa 2002, s. 75 i nast.

spółkę funkcjonującą w stadium organizacji, powinien godzić się na wszystkie ewentualne następstwa prawne, które mogą wystąpić w przypadku niezarejestrowania spółki, przez co brak jest wystarczających przesłanek prawnych, które uzasadniałyby przyjęcie stanowiska odmiennego.

Całościowy sposób unormowania statusu prawnego spółki z o.o. w organizacji ma charakter bardzo specyficzny i wyjątkowy również dlatego, iż spotykany jest tylko w kontekście regulacji spółek kapitałowych, działających jako osoby prawne. Obecnie brak jest bowiem analogicznej regulacji w kontekście działalności innych osób prawnych, jak np. fundacji. Na gruncie prawa polskiego nie jest więc znany przypadek funkcjonowania „fundacji w organizacji” jako podmiotu, który został zawiązany, jednakże nie został jeszcze wpisany do właściwego rejestru. Niemniej jednak, ustawodawca na mocy art. 927 § 3 k.c. dopuścił możliwość spadkobrania przez podmiot, który faktycznie jeszcze nie istnieje w chwili otwarcia spadku, a dopiero powstanie w przyszłości. Przedmiotowa regulacja budzi więc wątpliwości, czy zatem możliwe jest stosowanie treści art. 927 § 3 k.c. w stosunku do spółki z o.o. w organizacji opierając się na wnioskowaniu *per analogiam*.

Wydaje się, zgodnie z przedstawioną powyżej argumentacją, iż spółka z o.o. w organizacji powinna posiadać zdolność dziedziczenia, jako element przyznanej jej zdolności prawnej. Dodatkowo, skoro fundacja jeszcze nieistniejąca (nawet niezawiązana jak ma to miejsce w przypadku spółki z o.o. w organizacji) jest podmiotem posiadającym uprawnienie do objęcia spadku, tym bardziej uzasadnione jest twierdzenie, iż spółka z o.o. w organizacji powinna być w stanie odziedziczyć zapisany jej spadek. Niezależnie jednak od przedmiotowych argumentów, w ocenie autora niniejszego opracowania celowość zastosowania tak dalece idącej wykładni art. 927 § 3 k.c. w kontekście działalności spółki z o.o. w organizacji budzi poważne wątpliwości co do jej zasadności. Przewidziane przez ustawodawcę ustępstwo dotyczące nieistniejącej fundacji rodzi swoistą fikcję prawną, której założenie podyktowane jest spełnieniem celów typowo społecznych. Unikalny wyjątek znajduje swe uzasadnienie w funkcjonalnym brzmieniu przepisu, bowiem założenie to ze swej natury ma przynosić korzyści ogólnospołeczne, a nie ściśle indywidualne dla oznaczonego podmiotu prawa. Możliwe tym samym staje się wskazanie, iż ustawodawca intencjonalnie posłużył się wyłącznie jednym wyjątkiem w tym zakresie, a nieuzasadniona rozszerzająca interpretacja przepisów mogłaby prowadzić do jej faktycznego zniekształcenia, zaburzając jej celowość i naruszając podstawowe reguły wykładni prawa. Ponadto dzieląc przedstawiony powyżej pogląd dotyczący charakteru prawnego spółki z o.o. w organizacji, kwalifikujący ją jako jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, możliwe jest wskazanie treści art. 927 § 1 w zw. z art. 33¹ k.c. jako bezpośredniej podstawy prawnej decydującej wprost o posiadanej przez podmiot ten zdolności dziedziczenia.

Oceniając zdolność spółki z o.o. w organizacji do dziedziczenia spadku konieczne jest również odwołanie się do norm prawnych wynikających bezpośrednio z prawa spadkowego. W tym kontekście wskazać należy treść art. 948 k.c. i wynikającą z niej dyrektywę poszanowania rzeczywistej woli spadkodawcy w możliwie najszerszym

wymiarze²⁰. Jak słusznie wskazuje się w literaturze, zasada zgodnie z którą wykładnia testamentu powinna zmierzać do poszanowania woli testatora, ma na celu zarówno utrzymanie woli spadkodawcy w mocy, jak również nadanie jej treści, która odpowiadałaby rzeczywistej intencji zmarłego²¹. Tak więc analiza treści art. 948 k.c. skłania dodatkowo ku przyjęciu, iż w przypadku rzeczywistej woli spadkodawcy odziedziczenia po nim spadku przez spółkę z o.o. w organizacji uwzględnienia wymaga także jego wola, która została przez niego wyrażona w ramach przygotowanego testamentu.

5. Podsumowanie

Wnioski wynikające z powyższych wywodów skłaniają do konkluzji, iż na gruncie obowiązujących przepisów prawa spółka z o.o. w organizacji powinna zostać uznana za podmiot zdolny do objęcia spadku w ramach dziedziczenia testamentowego, o czym świadczyć mogą następujące argumenty.

Po pierwsze, argumentem przemawiającym za takim twierdzeniem jest treść art. 11 § 1 k.s.h., która przyznaje spółce z o.o. w organizacji zdolność prawną oraz zdolność do czynności prawnych. Tym samym zdolność dziedziczenia, stanowiąca ułamek przysługującej spółce zdolności prawnej, powinna stanowić jeden z atrybutów, którymi podmiot ten może legitymować się podczas swojego istnienia. Dodatkowo, podziеляjąc pogląd uznający spółkę z o.o. w organizacji za jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej w rozumieniu art. 33¹ § 1 k.c., do podmiotu tego odpowiednio zastosowanie znaleźć powinny przepisy regulujące funkcjonowanie osób prawnych, w tym przepisy z zakresu spadkobrania. Tym samym podstawą prawną przyznającą spółce z o.o. w organizacji zdolność dziedziczenia będzie art. 927 § 1 w zw. z art. 33¹ k.c., a nie art. 927 § 3 k.c. stosowany zgodnie z wnioskowaniem *per analogiam*. Odpowiednie odwołanie się do przepisów regulujących sytuację prawną fundacji nieistniejącej w chwili otwarcia spadku w ocenie autora niniejszego opracowania prowadziłyby do zbyt dalece idącej analogii stosowania przepisów, nieznaidującej faktycznego uzasadnienia prawnego.

Po drugie, treść wszystkich analizowanych w niniejszym opracowaniu przepisów skłania ku przyjęciu wykładni, iż także ze względów celowościowych podmiot, jakim jest spółka z o.o. w organizacji, jest podmiotem zdolnym do spadkobrania.

Po trzecie, czynnikiem, który powinien być wzięty pod uwagę w ramach przedmiotowych rozważań, jest także wola spadkodawcy i norma prawna wynikająca z treści art. 948 k.c., jako jedna z fundamentalnych zasad prawa spadkowego.

Po czwarte, literalna treść przepisów obejmujących zagadnienia kręgu podmiotów uprawnionych do dziedziczenia nie powinna stanowić jedynej dyrektywy wykładni obowiązującej regulacji w tym zakresie. Celowościowo bowiem, jak już zostało zaakcentowane powyżej, wykładnia literalna co prawda stanowi podstawową metodę interpretacji

²⁰ Zob. E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński, *Komentarz do art. 948 k.c. [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom VI. Spadki*, red. J. Gudowski, LEX/el 2017.

²¹ Zob. A. Kidyba (red.), E. Niezbecka, *Komentarz do art. 948 k.c. [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Spadki*, LEX/el 2015.

przepisów, niemniej jednak istotność wykładni celowościowej i funkcjonalnej wymaga równoległego ich uwzględniania w ramach przeprowadzanej analizy przepisów.

* * *

**Rights of a Limited Liability Company
(spółka z ograniczoną odpowiedzialnością)
in Organization in the Context of Law of Succession**

This article concerns legal issues related with rights, held by a limited liability company (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) in organization in the context of law of succession. The main purpose of this paper is to conduct a legal analysis of capacity to inherit belonged to such type of company. Further, the evaluation includes issues connected with nature of limited liability company in organization as well as legal interpretation of provisions contained in Code of Commercial Companies and Civil Code (as regards to part of law of succession). The comprehensive approach presents the author's thoughts in relation to assessment of rights from the perspective of company, which has the capacity to inherit.

Key words: limited liability company in organization, inheritance, law of succession, company, capacity to inherit